المملكة العربية السعودية
وزارة التعليم العالي
جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية
المعهد العالي للقضاء
قسم الفقه المقارن

ضوابط التمليك
وتطبيقاتها الفقهية

بحث تكميلي مقدم لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن

إعداد الطالب
عبدالرحمن بن سليم الحربي

إشراف فضيلة الدكتور
خالد بن زيد الوذيناني

١٤٣٠-١٤٣١هـ

بسم الله الرحمن الرحيم

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره , ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ومن سيئات أعمالنا, من يهده الله فلا مضل له ومن يضلل فلا هادي له , وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له وأشهد أن محمدا عبده ورسوله.

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ حَقَّ تُقَاتِهِ وَلا تَمُوتُنَّ إِلَّا وَأَنْتُمْ مُسْلِمُونَ﴾[١] .

﴿يَا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمُ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالاً كَثِيراً وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءَلُونَ بِهِ وَالْأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبا﴾[٢] .

﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا اتَّقُوا اللَّهَ وَقُولُوا قَوْلاً سَدِيداً۝ يُصْلِحْ لَكُمْ أَعْمَالَكُمْ وَيَغْفِرْ لَكُمْ ذُنُوبَكُمْ وَمَنْ يُطِعِ اللَّهَ وَرَسُولَهُ فَقَدْ فَازَ فَوْزاً عَظِيماً﴾ [٣] .

أما بعد : فلا يخفى على كل دارسٍ للعلوم الشرعية ممارس لها أن الفقه منها بمكانة عظيم , وقيمة سامقة , ومحل مشرف على سائر العلوم , به يعرف الحلال والحرام , وله يدين الخاص والعام , وأشرف ما يذكر في بيان منزلته وفضله قول نبينا محمد – صلى الله عليه وسلم - : "من يرد الله به خيراً يفقهه في الدين" [٤] .

١- ينظر : سورة آل عمران ، آية (١٠٢) .

٢ – ينظر : سورة النساء ، آية (١) .

٣ – ينظر : سورة الأحزاب آية (٧٠-٧١).

٤ – أخرجه : البخاري في العلم ، باب من يرد الله به خيرا يفقه في الدين١/١٦٤برقم (٧١) ، ومسلم في الزكاة ٢/٧١٨برقم (١٠٣٧) .

ومن أجلّ ما يزيد في العقل الفقهي وينمي الملكة , ويوسع المدارك : علم القواعد والضوابط الفقهية , فبإدامة بحثها , وترجيع درسها , يتمهّر المتفقه في فهم الفقه واستحضاره , ويطلع منه على مآخذه وأسراره[١].

و إنه من أعظم نعم الله تعالى عليَّ بعد الإيمان بالله تعالى دراسة الفقه الإسلامي فلقد يسر الله تعالى لي دراسة الشريعة بعد تخرجي من كلية الشريعة في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية حتى وصلت بعون الله إلى هذه المرحلة من الدراسة.

وإن لمن الصعوبة بمكان أن يجد الإنسان موضوع البحث العلمي ولكنني درست مقرراً في مرحلة الماجستير بعنوان "القواعد الفقهية" فأعجبت بهذا المقرر أيما إعجاب ، فحصلت عندي رغبة في البحث في هذا المجال ، خاصة أن طائفة من أهل الاختصاص في هذا المجال تنصح الباحثين بالبحث في القواعد والضوابط الفقهية التي تتعلق بموضوع من موضوعات الفقه. فاخترت موضوع التمليك ؛ لمسيس الحاجة إليه ، ولا يستغني عنه أحد. واستشرت في هذا الموضوع بعض الإخوة الفضلاء من طلاب العلم، فشجعوني عليه ، وشرح الله –سبحانه وتعالى- صدري إلى الكتابة في هذا الموضوع في دراسة بعنوان " ضوابط التمليك في الشريعة الإسلامية وتطبيقاته الفقهية".

ولا أزعم أني قد أحصيت كل الضوابط في هذا الباب، ولكني قد بذلت الوسع في جمعها.

---

١ - ينظر: مقدمة كتاب القواعد والضوابط الفقهية القرافية ، عادل عبد القادر ولي قوته، ص ٢١ .

٧ أهمية الموضوع وأسباب اختياره:

تظهر أهمية الموضوع وأسباب اختياره فيما يلي :

١- أن لهذه الضوابط أهمية فقهية كبيرة؛ حيث إنها تجمع الفروع الجزئية المشتتة، تحت رابط واحد يُسهِّل الرجوع إليها ويجعلها قريبة المتناول.

٢- أن الضابط – كما هو متقرر - يدخل فيه كثير من المسائل، ويكون له كثير من الفروع والتطبيقات.

٣- أن ضوابط التمليك تمييزاً بين الصحيح والفاسد من الموضوعات المهمة التي لا يكاد ينفك عن الحاجة إلى أحكامها أحد، فأحببت أن أجمع ضوابطها طلباً للإفادة والاستفادة.

٤- أن في هذا الموضوع عرضاً للفقه بطريقة جديدة مبنية على فهم المسائل واستيعابها.

٥- أن ربط المسائل المستجدة بالضوابط الفقهية يساعد على معرفة أحكامها وأحكام مثيلاتها.

٦- لا يوجد بحث متخصص في الضوابط الفقهية لأحكام التمليك في كتاب واحد في حدود ما أعلم .

٧- تطوير منهج البحث الفقهي إلى التقعيد ، والانتقال من الجزئيات إلى الكليات.

٨- تأصيل القواعد والضوابط الفقهية ببيان أدلتها ، لاسيما وأنه من الأعمال النافعة عند علماء هذا الفن .

٩- جمع التطبيقات الفقهية ، وذكر بعض الفروع الفقهية المعاصرة التي تتخرج على الضوابط ، وذلك ببيان أحكامها الفقهية ، ولهذا أثره في نفع المجتمع .

٧ الدراسات السابقة في الموضوع:

لم أعثر على كتاب متخصص ـ في موضوع الضوابط الفقهية لأحكام التمليك قد حوى هذه الضوابط في معظم عناصر التمليك بشرحها وأدلتها وتطبيقاتها والتخريج عليها , وإنما كان هناك دراسات تشترك في الموضوع العام مع موضوع بحثي هذا، وبيان ذلك على النحو الآتي:

١-الضوابط الفقهية للتملك وتطبيقاتها الفقهية للباحث عبيد الحربي وهي خطة بحث مسجلة في الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء.ويتبين وجه الاختلاف في الدراسة التالية:

عند النظر في خطة بحث الطالب : عبيد وجدت أنها تهدف إلى بيان الضوابط الفقهية المتعلقة بأحكام التملك جمعا ودراسة , ويمكن تعريفه : "هو القدرة على التصرف في المملوك , وهو قدرة يثبتها الشارع ابتداء على التصرف ", أما موضوع بحثي فهو يهدف إلى جمع ودراسة الضوابط الفقهية المتعلقة بأحكام التمليك تمييزاً بين الصحيح والباطل , والمقصود به : " نقل ملكية الشيء إلى غيره – وهو تسليط أي إعطاء السلطة والقدرة على التصرف في الشيء المملَّك إلى من ملَّكه إياه " , ومن هنا يتضح اختلاف هذا عن موضوع بحثي , لا سيما وأنني لم أجد ثمة تشابهاً ما بين الضوابط التي ذكرها الدارس في خطته المقدمة وبين ما ذكرته من ضوابط ، ذلك أن الأول في سياق استخراج الضوابط الفقهية لأحكام تملك الإنسان في نفسه (الشخصية) ما يصح تملكه ومالا يصح وهذا ظاهر في تصرف الإنسان تجاه نفسه ، دون تطرق للضوابط المتعلقة بأحكام التمليك للغير والمراد بها تصرف الإنسان تجاه غيره تمييزاً بين الصحيح والباطل . وبناء عليه فإن كلا الدراستين يكمل أحدهما الآخر .

ومما يؤيد هذا أنني فيما وقفت عليه من المصادر العلمية لموضـــوع دراســـتي واســـتقرائها لاستخراج تلك الضوابط وجدت أنهم يفرقون بين هذين الاصطلاحين من ذلك على سبيل المثال لا الحصر :

- الموسوعة الفقهية الصادرة عن وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية بدولة الكويت .
- موسوعة القواعد الفقهية جمع وترتيب وبيان الدكتور محمد صدقي البرنو.
- التورق المصرفي في التطبيق المعاصر للدكتور منذر قحف والدكتور عماد بركات .

وتجدر الإشارة إلى أن جميع هذه الضوابط المستخرجة من المراجع الأصلية منـــصوص عليهـــا بلفظها والتي تمثل المادة العلمية لهذه الدراسة (التمليك وضوابطها الفقهية)

ومن هذه المراجع :

-المبسوط للسرخسي .

-شرح الجصاص لمختصر الطحاوي.

-الحاوي للماوردي.

-المغني لابن قدامه.

-الأشباه والنظائر لابن نجيم.

-الأشباه والنظائر للسيوطي.

-بدائع الصنائع للكاساني.

-تقرير القواعد وتحرير الفوائد لابن رجب .

-الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف للمرداوي .

٢-الضوابط الفقهية لتصرف الشخص في ملكه للباحث أحمد الفيفي وهي خطة بحث مسجلة في قسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء.

٣-الضوابط الفقهية لزوال الملك للباحث ماجد الدويس وهي خطة بحث مقدمة لتسجيل بحث تكميلي لنيل درجة الماجستير في الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء .

ويتبين من خلال العناوين المتقدم ذكرها اختلافها عن موضوع بحثي . فلم تتفق هذه البحوث في أي ضابط من الضوابط الفقهية للتمليك .

٧ منهج البحث :

يتمثل منهج البحث فيما يلي :

١. تصوير المسألة المراد بحثها تصويراً دقيقاً قبل بيان حكمها؛ ليتضح المقصود من دراستها.

٢. إذا كانت المسألة من مواضع الاتفاق فأذكر حكمها بدليله مع توثيق الاتفاق من مظانه المعتبرة.

٣. إذا كانت المسألة من مسائل الخلاف فأتبع الآتي:

أ ــ تحرير محل الخلاف إذا كانت بعض صور المسألة محل خلاف وبعضها محل اتفاق.

ب ــ ذكر الأقوال في المسألة، وبيان من قال بها من أهل العلم، ويكون عرض الخلاف حسب الاتجاهات الفقهية.

ج ــ الاقتصار على المذاهب الفقهية المعتبرة، مع العناية بذكر ما تيسر الوقوف عليه من أقوال السلف الصالح، وإذا لم أقف على المسألة في مذهب ما فأسلك فيها مسلك التخريج على ضوء القواعد المعتبرة في ذلك.

د ــ توثيق الأقوال من مصادرها الأصلية.

هـ ــ استقصاء أدلة الأقوال مع بيان وجه الدلالة، وذكر ما يرد عليها من مناقشات، و ما يجاب به عنها إن كانت, وأذكر ذلك بعد الدليل مباشرة.

و ــ الترجيح مع بيان سببه, وذكر ثمرة الخلاف إن وجدت.

٤ . الاعتماد على أمهات المصادر والمراجع الأصلية في التحرير والتوثيق والجمع والتخريج.

٥- أتبع في دراسة الضوابط الفقهية المنهج الآتي:

أولاً: ذكر صيغ الضابط.

ثانياً: ذكر معنى الضابط.

ثالثاً: ذكر مستند الضابط.

رابعاً: دراسة الضابط.

خامساً: ذكر التطبيقات الفقهية للضابط.

٦ . التركيز على موضوع البحث وتجنب الاستطراد.

٧. العناية بضرب الأمثلة، خاصة الواقعية.

٨. تجنب ذكر الأقوال الشاذة.

٩. العناية بدراسة ما جدّ من القضايا مما له صلة واضحة بالبحث.

١٠. ترقيم الآيات وبيان سورها مضبوطة بالشكل.

١١. تخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية وإثبات الكتاب والباب والجزء والصفحة، وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها -إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما- فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذ بتخريجها منهما.

١٢. تخريج الآثار من مصادرها الأصلية, والحكم عليها.

١٣. التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح, أو من كتب المصطلحات المعتمدة.

١٤. توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة وتكون الإحالة عليها بالمادة والجزء والصفحة.

١٥. العناية بقواعد اللغة العربية والإملاء وعلامات الترقيم، ومنها علامات التنصيص للآيات الكريمة وللأحاديث الشريفة وللآثار ولأقوال العلماء وأميز العلامات أو الأقواس ليكون لكل منها علامته الخاصة.

١٦. تكون الخاتمة متضمنة أهم النتائج والتوصيات.

١٧. ترجمة الأعلام غير المشهورين بإيجاز بذكر الاسم والنسب وتاريخ الوفاة والمذهب العقدي والفقهي والعلم الذي اشتهر به, وأهم مؤلفاته ومصادر ترجمته.

١٨. إذا ورد في البحث ذكر أماكن أو قبائل أو فرق أو أشعار أو غير ذلك أُعرِّف بها مع وضع فهارس لها خاصة إن كان لها من العدد ما يستدعي ذلك.

١٩. أتبع في البحث الفهارس الفنية المتعارف عليها, وهي:

فهرس الآيات القرآنية.

فهرس الأحاديث والآثار.

فهرس الأعلام .

فهرس المراجع والمصادر.

فهرس الموضوعات.

٧ خطة البحث:

قسمت هذا البحث إلى مقدمة وتمهيد وفصلين وخاتمة.

المقدمة: وتشتمل على:

أهمية الموضوع, وأسباب اختياره, والدراسات السابقة في الموضوع, ومنهج البحث, وخطة البحث.

التمهيد:

وفيه مبحثان :

المبحث الأول: التعريف بالضوابط الفقهية, وأهميتها :

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الضابط لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف الفقه لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثالث: تعريف الضوابط الفقهية باعتبارها لقباً.

المطلب الرابع: الفرق بين القواعد الفقهية والضوابط الفقهية.

المبحث الثاني: التعريف بالتمليك ومشروعيته :

وفيه ثلاثة مطالب :

المطلب الأول: التعريف بالتمليك لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: مشروعية التمليك.

المطلب الثالث : أسباب الملكية وأقسامها.

الفصل الأول : الضوابط المتعلقة بالتمليك الصحيح :

وفيه تسعة مباحث :

المبحث الأول : التمليك تسليط على التصرف.

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المبحث الثاني: ما جاز تملكه جاز تمليكه.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المبحث الثالث : عقود التمليكات صحيحة في المبهم من أعيان متميزة متساوية ، متفرقـــة أو مختلطة .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المبحث الرابع: التمليك يصح الرجوع فيه قبل اتصال القبول به .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المبحث الخامس: تمليك الدين صحيح ممن عليه الدين .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المبحث السادس: التمليك يقتضي اختصاصاً بالمحل .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المبحث السابع: القول قول المملِّك في بيان جهة التمليك .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المبحث الثامن: تمليك المعدوم بالتبعية صحيح إذا صرح بدخوله .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المبحث التاسع: تمليك المعدوم بالتبعية صحـــيح إذا كان المحل يستلزمه ولو لم يصرح بدخوله .

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

الفصل الثاني: الضوابط المتعلقة بالتمليك الباطل :

وفيه أحد عشر مبحثاً :

المبحث الأول: ما حرم استعماله حرم تمليكه.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المبحث الثاني : التمليك من المجهول لا يصح.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المبحث الثالث: تمليك ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المبحث الرابع : التمليك لا يقبل التعليق بالشرط .

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المبحث الخامس : عقود التمليكات المحضة لا تصح في مبهم من أعيان متفاوتة.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المبحث السادس : تعليق التمليك بالخطر باطل.

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المبحث السابع : الحقوق المفردة لا تحتمل التمليك .

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المبحث الثامن : الديون في الذمم لا تعتبر محلاً صالحاً لعقود التمليك .

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المبحث التاسع : تمليك العين لا يقبل التوقيت بخلاف تمليك المنفعة .

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المبحث العاشر : ما قبض بعقدٍ فاسد لا يصح تمليكه .

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المبحث الحادي عشر : لا يصح تمليك المعدوم بطريق الأصالة ، ولا بطريق التبعية إذا لم يصرح بدخوله .

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

الخاتمة وفيها:

- أهم نتائج البحث وتوصياته.
- الفهارس العامة:

١- فهرس الآيات القرآنية.

٢- فهرس الأحاديث والآثار.

٣- فهرس الأعلام .

٤- فهرس المراجع والمصادر.

٥- فهرس الموضوعات.

شكر وتقدير

وفي نهايةِ المطافِ أتوجّه إلى الله سبحانه وتعالى بالحمدِ والثناءِ عليه، فقد أعانني على إتمـــام البحث، ويسّر لي إنهاءَه بهذه الصورة، فله الحمد في الأولى والآخرة.

وأتقدم في هذا المقام بجزيلِ الشكرِ، وعظيمِ العرفانِ إلى والديّ الكريمين على كريمِ رعايتِها لي، وحُسنِ تربيتِهما، وتسهيلِهما لي سلوكَ طريقِ العلمِ، وأسأل اللهَ تعالى أنْ يعينَني على برِّهمـــا، والإحسانِ إليهما، والقيامِ بحقِّهما على الوجهِ الذي يرضيه سبحانه وتعالى، كما أتقدم بالشكر إلى جامعةِ الإمامِ محمدِ بنِ سعودِ الإسلامية ممثلةً بهذا الصرح العلمي المبارك المعهد العالي للقضاء، وإلى شيخي الفاضل، وأستاذي الكريم، فضيلة الدكتور خالد بن زيد الوذيناني المشرف على البحـــث، والأستاذ المشارك بقسم الفقه المقارن بالمعهد العالي للقضاء على تفضله مشكوراً بالموافقةِ على قبولِ الإشرافِ على البحث، ومنحني الكثير مِنْ وقتِه وجُهدِه، ولم يبخلْ عليَّ برأي ولا بمشورةٍ، فجزاه الله خير الجزاء ، وبارك في علمه وعمره ، وجعل كتابه في عليين .

وختاماً: إنَّي لأرجو اللهَ أنْ أكونَ قد وُفِّقْتُ في الكتابةِ في الموضوعِ، وأنْ يجعلَـــه خالـــصاً لوجهِه الكريمِ.

التمهيد:

وفيه مبحثان :

المبحث الأول: التعريف بالضوابط الفقهية, وأهميتها :

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: تعريف الضابط لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: تعريف الفقه لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثالث: الفرق بين القواعد الفقهية والضوابط الفقهية.

المطلب الرابع: أهمية الضوابط الفقهية وفوائدها.

المبحث الثاني: التعريف بالتمليك ومشروعيته :

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: التعريف بالتمليك لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: مشروعية التمليك.

المطلب الثالث : أسباب الملكية وأقسامها.

المبحث الأول: التعريف بالضوابط الفقهية, وأهميتها :

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول : تعريف الضابط لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني : تعريف الفقه لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثالث : الفرق بين القواعد الفقهية والضوابط الفقهية.

المطلب الرابع : أهمية الضوابط الفقهية وفوائدها.

المطلب الأول: تعريف الضابط لغةً واصطلاحاً:

تعريف الضابط لغة :

الضابط في أصله اللغوي مأخوذ من ضَبط الشيء يضبِطه ضبطاً : أي حفـــظه حفظاً بليغاً أو حازماً . و منه قيل : ضبطت البلاد ، و إذا قمت بأمرها قياماً حازماً محافظاً عليها و الضبط لزوم الشيء و حبسه و حصره و الضبط الإتقان و الإحكام [1] .

تعريف الضابط اصطلاحاً :

لأهل العلم في مفهوم الضابط اتجاهان :

الاتجاه الأول :

أن الضابط مرادف للقاعدة، وهذا الاستعمال هو الجاري سابقاً عند الفقهاء، والثاني شاركه لاحقا، وممن جرى عليه من المتأخرين العلامة الفيومي[2] ـــ رحمه الله ـــ حيث يقول ـــ معرّفا للقاعدة ـــ : (القاعدة في الاصطلاح بمعنى الضابط، وهي الأمر الكلي المنطبق على جميع

---

1 - ينظر : لسان العرب ٥٠٩/٢ . مادة : ضبط ، القاموس المحيط ٨٧٢ ، المصباح المنير ، ص : ٤٨٧ ، المعجم الوسيط ٥٣٥/١ .

[2] - هو : أحمد بن محمد بن علي المقري الفيومي ، من فقهاء الشافعية، من تصانيفه: المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، ونثر الجمان في تـــراجم الأعيان، توفي بعد سنة ٧٧٠هـــ. ينظر : الدرر الكامنة ٣١٤/١، وبغية الوعاة ٣٨٩/١ .

جزئياته)[١]، وهو ما نقله ـــ أيضا ـــ عبد الغني النابلسي[٢] ـــ رحمه الله ـــ إذ يقول عن القاعدة : (هي في الاصطلاح بمعنى الضابط، وهي الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياته)[٣].

وهذا الاصطلاح شائع متداول، فكثيرا ما نجد الفقيه يعبر عن ضابطٍ ما بقوله : (قاعدة) كما نراه من صنيع الحافظ ابن رجب[٤] ـــ رحمه الله ـــ في كتابه القواعد ؛ إذ يطلق لفظ القاعدة على ما هو ضابط حسب الاصطلاح الآخر .

مثاله :

(القاعدة المائة: الواجب بالنذر هل يلحق بالواجب بالشرع أو بالمندوب؟)[٥].

(القاعدة الأربعون بعد المائة: من سقطت عنه العقوبة بإتلاف نفس أو طرف مع قيام المقتضي له لمانع فإنه يتضاعف عليه الغرم)[٦].

وكذلك العلامة البكري[٧] ـــ رحمه الله ـــ ذكر في كتابه الاستغناء في الفرق والاستثناء [١] ستمائة قاعدة جلها من قبيل الضوابط[٢].

---

[١]- ينظر : المصباح المنير، مادة : (قعد) ٢/٥١٠ .

[٢]- هو: عبد الغني بن إسماعيل بن عبد الغني بن إسماعيل بن أحمد النابلسي الدمشقي فقيه حنفي اشتُهر بالتصوف، من تصانيفه: ذخائر المواريث في الدلالة على مواضع الأحاديث، ومنظومة بواطن القرآن ومواطن العرفان، ولد بدمشق سنة ١٠٥٠هـ ، وتوفي سنة ١١٤٣هـ. ينظر : سلك الدرر في أعيان القرن الثاني عشر للمرادي ٣/٣٠، والأعلام للزركلي ٤/٣٢.

[٣]- ينظر : كشف الخطاير عن الأشباه والنظائر، مخطوط، ورقة ١٠، نقلا عن كتاب القواعد الفقهية للندوي ص ٤٧.

[٤]- هو: أبو الفرج عبد الرحمن بن أحمد بن رجب السلامي البغدادي ثم الدمشقي زين الدين ، فقيه أصولي محدث، من كبار علماء الحنابلة، من مؤلفاته : ذيل طبقات الحنابلة، وفتح الباري في شرح البخاري، ولد سنة ٧٣٦هـ وتوفي سنة ٧٩٥هـ . ينظر : المقصد الأرشد ٢/٨١، والسحب الوابلة ٢/٤٧٤.

[٥]- ينظر : القواعد ص ٢٤٤.

[٦]-القواعد ص ٣٣٧.

[٧]- هو: محمد بن أبي بكر بن سليمان الزكي البكري، من فقهاء الشافعية، من مؤلفاته: الاستغناء في الفرق والاستثناء، والمذاكرة في عمل أهل الآخرة، ينظر : الضوء اللامع ٧/١٦٩، معجم المؤلفين ١٠/٤٨.

الاتجاه الآخر:

جعل القاعدة أوسع وأشمل، والضابط أضيق مجالاً، فجعله مختصاً بباب واحد.

وقد جرى عليه كثير من أصحاب هذا الفن لا سيما عند بيان معنى القاعدة، وهذا الاصطلاح استخدم مؤخراً، ويبدو أن تاج الدين ابن السبكي[٣] ـــ رحمه الله ـــ من أوائل من ذكر التفريق ؛ إذ يقول في كتابه : الأشباه والنظائر ـــ عن القواعد ـــ : (ومنها ما لا يختص كقولنا : اليقين لا يزول بالشك، ومنها ما يختص كقولنا : كل كفارة سببها معصية فهي على الفور، والغالب فيما اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابطا)[٤].

وقد ارتضى هذا التفريق جمع ممن جاء بعد ابن السبكي، فهذا الحافظ السيوطي[٥] ـــ رحمه الله ـــ يبين الفرق في الفن الثاني من كتابه : الأشباه والنظائر في النحو، فيقول ـــ عن هذا الفن ـــ بأنه (في الضوابط والاستثناءات والتقسيمات هو مرتب على الأبواب، لاختصاص كل ضابط ببابه، وهذا هو أحد الفروق بين الضابط والقاعدة؛ لأن القاعدة تجمع فروعا من أبواب شتى، والضابط

---

[١]-الكتاب طبعة مركز إحياء التراث الإسلامي بجامعة أم القرى، بتحقيق : الدكتور/ سعود الثبيتي الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ.

[٢]-ذكر هذا العدد البكري نفسه في مقدمته للكتاب ١/١٠٩.

[٣]- هو: أبو نصر عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي بن تمام الأنصاري السبكي الشافعي، تاج الدين، فقيه أصولي، ولي القضاء بدمشق، من مصنفاته: رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب والأشباه والنظائر، ولد سنة ٧٢٧هـ وتوفي بدمشق سنة ٧٧١ هـ. ينظر : الدرر الكامنة ٢/٤٢٥، البدر الطالع ١/٢٨٣.

[٤] - ينظر : الأشباه والنظائر ١/١١.

[٥]- هو : أبو الفضل عبد الرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضيري السيوطي، من فقهاء الشافعية، عرِف بكثرة التأليف في فنون متعددة، من مؤلفاته: الإتقان في علوم القرآن، والأشباه والنظائر في القواعد الفقهية، ولد سنة ٨٤٩هـ وتوفي سنة ٩١١ هـ. انظر ترجمته في: حسن المحاضرة ١/٣٣٥-٣٤٤، وشذرات الذهب ١٠/٧٤-٧٩.

يجمع فروعا من باب واحد)[١].

وتابعه على ذلك ابن نجيم الحنفي[٢] ـــ رحمه الله ـــ في كتابه : الأشباه والنظائر، فقال ـــ في مقدمة الفن الثاني ـــ : (والفرق بين الضابط والقاعدة : أن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى، والضابط يجمعها من باب واحد، هذا هو الأصل)[٣].

وسار على هذا التفريق جمع ممن جاء بعدهم، كأبي البقاء الكفوي[٤] ـــ رحمه الله ـــ في كتابه الكليات[٥]، والبناني[٦] ـــ رحمه الله ـــ في حاشيته[٧]، وأغلب من كتب في هذا الفن من المعاصرين[٨].

إلا أنه يلحظ أن كثيراً ممن ذكر التفريق قد لا يلتزمه فيسمي الضابط قاعدة، وهو ما فعله ابن السبكي نفسه حينما قسم القواعد في كتابه الأشباه والنظائر إلى قواعد عامة وقواعد خاصة، وعنى

---

[١]- ينظر : الأشباه والنظائر في النحو ١/٧.

[٢]- هو : زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد المشهور بابن نجيم، فقيه حنفي، من مؤلفاته: البحر الرائق شرح كنز الدقائق، والأشباه والنظائر، والفوائد الزينية في فقه الحنفية، ولد سنة ٩٢٦هـ وتوفي سنة ٩٧٠هـ. انظر ترجمته في : الفوائد البهية ص ١٣٤، وشذرات الذهب ٨/٣٥٨.

[٣]- ينظر : الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان ص ١٨٩.

[٤]- ينظر : هو: أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني القريمي الكفوي من فقهاء الحنفية، ولد ونشأ في مدينة كفا، من مؤلفاته: الكليات، وشرح بردة البوصيري، توفي في اسطنبول سنة ١٠٩٤هـ. انظر ترجمته في: الأعلام للزركلي ٢/٣٨.

[٥]- ينظر : الكليات ص ٧٢٨، مؤسسة الرسالة بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٩هـ.

[٦]- ينظر : هو : أبو زيد عبد الرحمن بن جاد الله البناني ـــ نسبة إلى بنّان قرية بتونس ـــ استقر بمصر ودرّس في الأزهر، من مؤلفاته : حاشية على جمع الجوامع ، توفي سنة ١١٩٨هـ انظر ترجمته في : شجرة النور الزكية ١/٤٩٤، والأعلام للزركلي ٣/٣٠٢.

[٧]- ينظر : حاشية البناني على شرح الجلال المحلي لجمع الجوامع ٢/٣٥٦، مطبعة دار إحياء الكتب العربية عيسى البابي الحلبي.

[٨]- ينظر : ـــ على سبيل المثال ـــ ما ذكره الدكتور الباحسين في كتابه القواعد الفقهية ص ٥٨-٦٧، القواعد الفقهية للندوي ص ٣٦، مقدمة موسوعة القواعد الفقهية للبورنو ١/٣٤، نظرية التقعيد الفقهي للدكتور/ محمد الروكي ص٥١، منشورات جامعة محمد الخامس، مطبعة النجاح بالدار البيضاء المغرب ١٤١٤هـ، القواعد الكبرى في الفقه الإسلامي للدكتور/ عبد الله العجلان ص ١١، دار طيبة الرياض ١٤١٦هـ، القواعد الفقهية المستخرجة من كتاب إعلام الموقعين لعبد المجيد الجزائري ص ١٦٤، دار ابن القيم الدمام، الطبعة الأولى ١٤٢١هـ، القواعد والضوابط الفقهية للمعاملات المالية عند ابن تيمية، لعبد السلام الحصين ١/٧٢، دار التأصيل القاهرة، الطبعة الأولى ١٤٢٢هـ.

بهذه الأخيرة الضوابط، قال ـــ رحمه الله ـــ : (الكلام في القواعد الخاصة... القول في ربع العبادات كتاب الطهارة إلى الزكاة) ثم قال: (قاعدة: كل ميتة نجسة إلا السمك والجراد بالإجماع، والآدمي على الأصح)[١].

ومثله السيوطي ـــ رحمه الله ـــ ذكر جملة من الضوابط باسم القواعد، ومن ذلك الكثير من قسم القواعد المختلف فيها وغيرها قد بثها في ثنايا الكتاب[٢] .وأياً سمينا ضابطاً أو قاعدة أو قاعدة خاصة، فالكل اصطلاح، ولا مشاحة في الاصطلاح[٣].

وقد ارتضيت في هذا البحث السير على عدم التفريق .

---

[١]- ينظر : الأشباه والنظائر ١/٢٠٠.

[٢] -ينظر : ـــ على سبيل المثال ـــ : قسم القواعد المختلف فيها ص ٢٩٩-٣٣٦، فجملة منها من قبيل الضوابط، وانظر : ص ٤٥٨-٤٦٣، فقد ذكر عشرة ضوابط باسم القاعدة، كلها في الوطء.

[٣]- وللضابط إطلاقات أخر ليس المحل محل بسطها، وللتوسع ينظر: القواعد الفقهية للباحسين ص ٦٣-٦٧.

و قد استعمل الفقهاء الضابط في عدة معان منها :

١- المعنى السابق و هو "حكم فقهي كلي تندرج تحته فروع من باب واحد".

٢- تعريف الشيء . و مثاله : " ضابط العصبة : كل ذكر ليس بينه و بين الميت أنثى " [١].

٣- المعيار الذي يكون علامة على تحقق معنى من المعاني في الشيء . و مثاله ما ذكر القرافي[٢] في الجواب عن السؤال : ما ضابط المشقة المؤثرة في التخفيف ؟ " يجب على الفقيه أن يفحص عن أذى مشاق تلك العبادة المعينة فيحققه بنص أو إجماع أو استدلال . ثم ما ورد عليه بعد ذلك من المشاق مثل تلك المشقة أو أعلى منها جعله مسقطاً ، و إن كان أدنى منها لم يجعله مسقطاً .

١- ينظر: الأشباه و النظائر لابن السبكي ٢ / ٣٠٤ .

٢ - هو أحمد بن إدريس بن عبدالرحمن ، أبو العباس ، شهاب الدين القرافي ، ولد سنة ٦٢٦هـ ، أصله من صنهاجة قبيلة من بربر المغرب ، نسبته إلى القرافة وهي المحلة المجاورة لقبر الإمام الشافعي رحمه الله بالقاهرة ، فقيه مالكي ، مصري المولد والمنشأ والوفاة ، من تصانيفه : الفروق ، والذخيرة ، توفي رحمه الله سنة ٦٨٤هـ. ينظر : شجرة النور الزكية ، ص : ١٨٨.

مثـــاله : التأذي بالقمل في الحج مبيح للحلق بالحديث . فأي مرض أدى مثله أو أعلى منه أباح الحلق و إلا فلا . و السفر مبيح للفطر بالنص ، فيعتبر به غيره من المشاق " [١] .

٤- و يطلق الضابط على أقسام الشيء أو تقاسيمه . و مثاله ما ذكره السيوطي[٢] : " ضابط: الحجر أربعة أقسام:

الأول : يثبت بلا حاكم ، وينفك بدونه ، وهو : حجر المجنون والمغمى عليه .

الثاني : لا يثبت إلا بحاكم ، ولا يرتفع إلا به ، وهو : حجر السفيه.

الثالث : لا يثبت إلا بحاكم ، وفي انفكاكه بدونه وجهان ، وهو : حجر المفلس.

الرابع : ما يثبت بدونه ، وفي انفكاكه وجهان ، وهو :حجر الصبي لإذا بلغ رشيدا ." [١] .

٥- و تطلق الضوابط الفقهية على الشروط و الأسباب المتعلقة بأمر من الأمور . و مثاله ما ذكره النووي [٢] : " ضابط انفساخ العقد بالأسباب التالية : خيار المجلس ، خيار الشرط ، خيار العيب ، و خيار الخُلف بأن شرط العبد كونه كاتبا فخرج غير كاتب ، و الإقالة ، و التحالف ، و تلف المبيع قبل القبض" [٣] .

---

٣ - ينظر: الفروق للقرافي ١ / ١١٩ – ١٢٠

٤ – هو عبدالرحمن بن أبي بكر بن محمد بن سابق الدين الخضيري السيوطي ، جلال الدين أبو الفضل ، أصله من أسيوط ، ولد سنة ٨٤٩هـ ، ونشأ بالقاهرة يتيماً ، كان عالماً شافعيا مؤرخا أديبا ، وكان أعلم أهل زمانه بالحديث والفقه واللغة ، وكان سريع الكتابة في التأليف ، ومؤلفاته تبلغ عدها خمسمائة ، من تصانيفه : الأشباه والنظائر ، والحاوي للفتاوي . توفي رحمه الله سنة ٩١١هـ . ينظر : الضوء اللامع ٤/٦٥.

[١] - ينظر: الأشباه و النظائر ص : ٤٦٠.

[٢] – هو يحيى بن شرف بن مري بن حسن النووي أو (النواوي) أبو زكريا ، ولد سنة ٦٣١هـ ، من أهل نوى من قرى حوران جنوبي دمشق ، علّامة في الفقه الشافعي والحديث واللغة ، تعلم في دمشق وأقام بها زمناً ، من تصانيفه : المجموع شرح المهذب ، ولم يكمله ، وروضة الطالبين ، والمنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج . توفي رحمه الله سنة ٦٧٦هـ .ينظر : طبقات الشافعية ٥/١٦٥.

[٣] - ينظر: المرجع السابق ص : ٢٨.

بهذا يتبين بأن الضوابط الفقهية لها معنى واسع و شامل لكل ما يحصر و يحبس ، سواء أكان بالقضية الكلية ، أم بالتعريف ، أم بذكر علامة الشيء ، أم بالتقسيم ، أم بالشروط و الأسباب .

المطلب الثاني: تعريف الفقه لغةً واصطلاحاً.

تعريف الفقه لغة :

الفقه في أصله اللغوي مأخوذ من الثلاثي فَقِهَ أو فَقُهَ،و قد ذكر علماء اللغة عدة معان للفقه هي :

١. العلم : فالفقه يدل على إدراك الشيء ، و العلم به [١] .

٢. الفهم و الفطنة : فقه يفقه فقها إذا فهم [٢] .

٣. البيان فقولنا : أفقهته ، أي بينت له .[٣].

فالفقه إذاً عند أهل اللغة يطلق إدراك الشيء ، و العلم به ، و الفهم و الفطنة ، و بيان الشيء و توضيحه ، فقولي : عندي فقه في البيوع ، يعني عندي علم و فهم لأحكام البيوع و أما قولي : فقه البيوع ، فيعني أحكامها و بيانها .

تعريف الفقه اصطلاحاً :

هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية " [٤].

1 - ينظر : معجم المقاييس في اللغة ، ص : ٧٩١ .

2 - ينظر : الصحاح ٥ / ١٧٩٤

3 - ينظر: العين ٣ / ٣٧٠.

٤- ينظر: منهاج الوصول في علم الأصول ١ / ٢٦ ، جمع الجوامع ، ١/ ٧٩- ٨١.

شرح التعريف ومحترزاته :

قولهم: (العلم): جنس وما بعده قيود لإخراج ما ليس من الفقه، والمراد بالعلم مطلق الإدراك الشامل للتصور والتصديق.

قولهم: (بالأحكام): قيد أول لإخراج ما ليس بأحكام، كأحكام الذوات والصفات والأفعال، و الأحكام جمع حكم، وهو إسناد أمر إلى آخر إيجاباً أو سلباً مما هو معروف بينهم بالنسبة التامة أو القضية، أو النسب الجزئية، وعلى هذا فالأحكام خاصة بالتصديقات فقط كإدراك ثبوت الزكاة في قولنا: الزكاة واجبة، وأما إدراك المفردات كالذوات والصفات وغيرها فليست أحكاماً وإن كان تصورها من مستلزمات المعرفة الفقهية، و "ال" في الأحكام للاستغراق، أي: المقصود جميع الأحكام [١].

قولهم: (الشرعية): قيد ثان في التعريف لإخراج الأحكام غير الشرعية كالعلم بالأحكام الحسابية والهندسية وغيرها مما ليس شرعياً وكون الأحكام الشرعية بسبب نسبتها إلى الشرع [٢].

قولهم: (العملية): قيد ثالث في التعريف لإخراج الأحكام الاعتقادية وغيرها [3].

قولهم: (من أدلتها): قيد رابع لإخراج ما عُلم من غير دليل كعلم النبي صلى الله عليه وسلم المتلقى عن طريق الوحي.

١- ينظر: القواعد الفقهية للباحسين ص : ٣٨.

٢- ينظر: الإحكام في أصول الأحكام ١ /٢٢ ، القواعد الفقهية للباحسين ص:٣٩ .

٣- ينظر: المستصفى ١ /١٥، القواعد الفقهية للباحسين ص :٣٩.

وقولهم: (من أدلتها التفصيلية): أي من أدلة الأحكام[١]. والتفصيلية صفة للأدلة وصفت بها للاحتراز عن الأدلة الإجمالية الكلية التي لم تتعلق بشيء معين كمطلق الأمر، ومطلق الإجماع، فالبحث عن هذه الأدلة الكلية الإجمالية من شأن علماء أصول الفقه[٢].

١ - ينظر: الإحكام في أصول الأحكام ١ /٢٣، والقواعد الفقهية للباحسين ص :٣٩.

٢ - ينظر: الإحكام في أصول الأحكام ١ /٢٣، والقواعد الفقهية للباحسين ص :٣٩ .

المطلب الثالث: الفرق بين القواعد الفقهية والضوابط الفقهية

ذكر العلماء ، بعض الفروق ما بين القاعدة الفقهية و الضابط الفقهي منها :

١- إن القاعدة تجمع فروعاً من أبواب شتى ، و الضابط يجمعها من باب واحد [١] . فتتضمن القاعدة الفقهية حكماً شرعياً ينطبق على فروع كثيرة من أبواب فقهية متعددة ، كالطهارة ، و الصلاة ، و البيع ، و النكاح ، و غيرها ، أما الضابط الفقهي فيتضمن حكماً شرعياً ينطبق على فروع من باب فقهي واحد ، كباب البيوع مثلاً .

٢- القواعد أعم و أشمل من الضوابط من حيث جمع الفروع و شمول المعاني.وذلك كقولنا : إن الشريعة جاءت لرفع الضرر عن الناس ، حيث انتظم هذا الأصل مجموعة من القواعد الفقهية ، كحديث رسول الله ﷺ : " لا ضرر و لا ضرار " [٢] ، تعم هذه القاعدة أكثر من باب من أبواب الفقه ، فالأصول أعم من القواعد ، و القواعد أعم من الضوابط التي تتعلق بباب البيع مثلاً ، كقول الدَّبوسي [٣]: " الأصل عند الحنفية أن جواز البيع يتبع الضمان ، فكل ما كان مضـــموناً بالإتلاف جاز بيعـــه و ما لا يضمن بالإتلاف لا يجوز بيعه "[٤].

---

١ - ينظر: الأشباه و النظائر ، ص :١٨٩.

٢ - أخرجه : ابن ماجه في الأحكام ، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره برقم (٢٣٤٠) وغيره وإسناده ضعيف لضعف جابر الجعفي ، وله شواهد لا يخلوا واحد منها من ضعف ، ولكن بمجموع طرقه يتحسن الحديث ، ينظر : نصب الراية ٣٨٤/٤.

٣ – هو عبدالله بن عمر بن عيسى الدبوسي ، أبو زيد ، نسبته إلى (دبوسية) قرية من بخارى وسمرقند ، من أكابر فقهاء الحنفية ، من تصانيفه : تقويم الأدلة ، وتأسيس النظر . توفي رحمه الله سنة ٤٣٠هـــ ، وقيل : سنة ٤٣٢هـــ.ينظر : الأعلام ٤٤٨/٤.

٤ - ينظر: تأسس النظر ص٦٦.

٣- إن القاعدة في الأعم الأغلب متفق على مضمونها بين المذاهب أو أكثرها . و أما الضابط ، فهو يختص غالبا بمذهب معين ، بل منه ما يكون وجهة نظر لفقيه واحد في مذهب معين قد يخالفه فيه فقهاء آخرون من نفس المذهب [١] .

[١] - ينظر: الوجيز في إيضاح القواعد الفقهية الكلية ص : ٢٩.

المطلب الرابع: أهمية الضوابط الفقهية وفوائدها.

ذكر الفقهاء و الأصوليون نصوصاً كثيرة تبين أهمية القواعد و الضوابط الفقهية و فوائدها ، و مكانتها الفقهية ، و هي آراء تدل على عمق الفهم و التجربة و البحث و التحري ، و قد رأيت أن لا أنقل تلك النصوص على فضلها مخافة الإطالة و التكرار ، مستغنياً عن ذلك بذكر ما فهمته ، و اقتنصه من درر أقوالهم ، و من هذه الفوائد :

١- ضبط الفروع المتناثرة في سلك واحد ، حيث تربط المسائل الكثيرة في أصل واحد هو القاعدة ، بمعنى ضبط الفقه بقواعد [١] .

٢- تسهيل الحفظ بالاستغناء عن حفظ الفروع بحفظ القواعد [٢] .

٣- تقوية الحجة عند استدلال بالأدلة ، فبإضافة القواعد الفقهية إلى الأدلة الشرعية فإنها تعطيها قوة الاستدلال على الأحكام الشرعية[٣].

٤- تخريج الفروع على الأصول ، و معرفة أحكام الجزئيات لاندراجها تحت الكليات . و ذلك بالقياس عليها ، و الرجوع للقواعد الفقهية عند غموض المسائل لحلها ، و بيان أحكام المسائل المستجدة [٤] .

---

١ - ينظر: تأسيس النظر ص :٢ ، الفروق ١ / ٦-٨ ، المنثور في القواعد ١/ ١١ .

٢ - ينظر: تأسيس النظر ص : ٢ ، الفروق ١ / ٦-٨ ، المنثور في القواعد ١/١١.

٣- ينظر: تأسيس النظر ص : ٢ ، الفروق١ / ٦-٨ ، المنثور في القواعد١/ ١١ .

٤ - ينظر : تأسيس النظر ص: ٢ ، تخريج الفروع على الأصول ص :١١ ، الأشباه و النظائر للسبكي ١ /١١ .

٥- توضيح مناهج الفتوى و ضبط مذاهب الفقهاء بقواعد و أصول [١].

٦- رفع قدر الفقيه و مترلته الفقهية و الارتقاء به إلى مراتب الاجتهاد ، و تكوين الملكة الفقهية للفقيه ، و تمكينه من كشف آفاق الفقه الإسلامي [٢] .

٧- إبراز العلل الجامعة في الأحكام الفقهية ، و تعيين اتجاهاتها التشريعية ، و تمهيد طرق المقايسة و المجانسة بينها [٣] .

٨- المساعدة في معرفة مقاصد الشريعة [٤] .

٩- تمكين غير المختصين في علوم الشريعة ، كرجال القانون مثلاً من الاطلاع على الفقه بروحه و مضمونه بأيسر طريق [٥] .

١٠- إن القواعد و الضوابط الفقهية مَثل على ديمومة الشريعة و استمراريتها ، و صلاحيتها لكل زمان و مكان .

١١- الرجوع إليها في الإفتاء و القضاء عند ترجيح قول من بين الأقوال المتعددة في المذهب [٦] .

---

١ - ينظر: الفروق ١ / ٦-٨ ، المنثور في القواعد١/ ١٢.

٢- ينظر : الفروق ١ / ٦-٨ ، المنثور في القواعد ١ / ٧١، المدخل الفقهي العام ٢ /٩٨٧.

٣ - ينظر : المدخل الفقهي العام ٢ / ٩٦٧

٤- ينظر : القواعد الفقهية للباحسين ص :١١٧.

٥ - ينظر : المرجع السابق ، ص : ١١٧.

٦- ينظر: القواعد الفقهية للندوي ص :٣٣٤ .

المبحث الثاني: التعريف بالتمليك ومشروعيته :

وفيه مطلبان :

المطلب الأول: التعريف بالتمليك لغةً واصطلاحاً.

المطلب الثاني: مشروعية التمليك.

المطلب الثالث : أسباب الملكية وأقسامها.

المطلب الأول: التعريف بالتمليك لغةً واصطلاحاً.

- **تعريف التمليك لغة :**

المَلكُ و المُلكُ و المِلكُ : احتواء الشيء و القدرة على الاستبداد به و التصرف بانفراد ، والتمليـــك : مصدر ملّكه الشيء إذا جعله ملكا له ، وفعله الثلاثي (ملك).[١]

- **تعريف التمليك اصطلاحاً :**

هو : حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكين من يُضاف إليه من انتفاعه بالمملوك و العوض عنه من حيث هو كذلك[٢].

شرح التعريف ومحترزاته :

قولهم : ((حكم شرعي)) : أي أن الملك تابع للأسباب الشرعية و التي فيها أذن للمكلف بالملك ، مثل : البيع و الهبة ، **و أما كونه مقدراً** ؛ فلأنه يرجع إلى تعلق إذن الشرع ، و التعلق ليس وصفاً حقيقياً بل عدمياً ، و لذا يقدر في العين أو المنفعة عند وجود الأسباب المفيدة للملك [٣] .

قولهم : " في العين أو المنفعة " : تدل على أن الأعيان تملك بالبيع مثلاً ، و كذلك منفعة الشيء و فائدته يمكن تملكها ، فيستفيد الإنسان من الشيء دون أن يملك عينه ، كالإجارة مثلاً ، فيستأجر

---

١ - ينظر : لسان العرب ٤٩٢/١٠ ، والمعجم الوسيط ٨٨٦/٢.

٢ - ينظر : الفروق –بتصرف يسير- ٢٠٨/٣-٢٠٩.

٣ - ينظر : الفروق ٣ /٢٠٩ .

مترلاً و يستفيد من السكنى فيه خلال فترة الاستئجار ، دون أن يتملك المترل فيتصرف فيه كما يشاء .

قولهم : ((يقتضي تمكين من يُضاف إليه من انتفاعه بالمملوك)) : إشارة إلى الثمرة المرجوة من الملك ، و هي كون الشخص يستطيع الانتفاع بالشيء الذي ملكه ، مثل : المترل و منفعة السكنى فيه .

قولهم : ((و العوض عنه)) : أي أن الإنسان يستطيع المعاوضة و المبادلة على ما ملكه ، فيستطيع بيعه بعوض ، فيأخذ من الآخر بدل ما ذهب منه ، فالعوض ما يُبذل في مقابلة غيره [١] ، فإذا بذل الإنسان شيئاً يملكه فله أن يأخذ في مقابله ما بذل عوضاً .

قولهم : ((من حيث هو كذلك)) : إشارة إلى أن الملك يقتضي التصرف و المعاوضة من حيث هو ، و قد يتخلف عنه ذلك لمانع ، مثل : المحجور عليه فله الملك و ليس له التمكن من التصرف في الأعيان التي يملكها .

إذاً التمليك تسليط على التصرف ، أي إعطاء السلطة و القدرة على التصرف في الشيء المملوك إلى من ملَّكه إياه[٢].

---

١ - ينظر : المطلع على أبواب المقنع ص ٢١٦ .

٢ - ينظر : المبسوط ٢٥/١٣ .

المطلب الثاني: مشروعية التمليك.

إن الشريعة الإسلامية لم تكتف بإقرار الملكية الخاصة بل نراها شجعت عليها تشجيعاً يتصف بالاعتدال و إقامة التوازن بين متطلبات الإنسان الروحية و الجسدية ، فهي لم تراع الجانب الروحي من الإنسان فقط بل راعت أيضاً الجانب الجسدي الذي جعل المال سبباً في إقامته و ذلك لإقامة التوازن بين شطري الإنسان المتلازمين ، ذلك التلازم المتزن العجيب في توازنه و اتساقه و إن المتتبع لنصوص الشريعة في الكتاب الكريم و السنة الشريفة يجدها تعنى بهذا الجانب و توضح معالمه و تبين خطوطه العريضة في بعض الأحيان و أحكامه التفصيلية في الأحيان الأخرى[١] ـــ و كل هذه النصوص سوف نجد فيها الدلالة التامة على مشروعية المِلك تملكاً وتمليكا.

و سأورد نصوص الكتاب الكريم أولاً ثم أتلوها بعد ذلك بذكر بعض النصوص النبوية الشريفة التي تناولت هذا الشأن .

الأدلة من القرآن الكريم :

الدليل الأول : قوله تعالى : ﴿وَآتُواْ الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ وَلاَ تَتَبَدَّلُواْ الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلاَ تَأْكُلُواْ أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ إِنَّهُ كَانَ حُوبًا كَبِيرًا﴾ [٢]

الدليل الثاني : قوله تعالى : ﴿وَلاَ تُؤْتُواْ السُّفَهَاء أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللّهُ لَكُمْ قِيَاماً وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُواْ لَهُمْ قَوْلاً مَّعْرُوفًا (٥) وَابْتَلُواْ الْيَتَامَى حَتَّىَ إِذَا بَلَغُواْ النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُم مِّنْهُمْ

١ – ينظر : قيود الملكية الخاصة ، ص: ١٧٣ .

٢ - ينظر : سورة النساء ، آية (٢).

رُشْدًا فَادْفَعُواْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ وَلاَ تَأْكُلُوهَا إِسْرَافًا وَبِدَارًا أَن يَكْبَرُواْ وَمَن كَانَ غَنِيًّا فَلْيَسْتَعْفِفْ وَمَن كَانَ فَقِيرًا فَلْيَأْكُلْ بِالْمَعْرُوفِ فَإِذَا دَفَعْتُمْ إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ فَأَشْهِدُواْ عَلَيْهِمْ وَكَفَى بِاللّهِ حَسِيبًا﴾ [١].

الدليل الثالث : قوله تعالى : ﴿إِنَّ الَّذِينَ يَأْكُلُونَ أَمْوَالَ الْيَتَامَى ظُلْمًا إِنَّمَا يَأْكُلُونَ فِي بُطُونِهِمْ نَارًا وَسَيَصْلَوْنَ سَعِيرًا﴾ [٢].

الدليل الرابع : قوله تعالى : ﴿وَلاَ تَقْرَبُواْ مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ ﴾[٣].

الدليل الخامس : قوله تعالى : ﴿إِنَّ اللّهَ اشْتَرَى مِنَ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُم بِأَنَّ لَهُمُ الجَنَّةَ ﴾[٤].

الدليل السادس : قوله تعالى : ﴿مَّثَلُ الَّذِينَ يُنفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلَ ﴾[٥].

وجه الدلالة من النصوص : فهذه الآيات الكريمة و غيرها تنسب الأموال بصفة عامة إلى مجموع الناس أو أفرادهم و قد بين المفسرون أن الإضافة في " أموالكم " و "أموالهم" و" ماله " تفيد اختصاص الملكية و اختصاص التصرف [٦] .

---

١ - ينظر : سورة النساء ، آية (٥ ، ٦).
٢- ينظر : سورة النساء ، آية (١٠).
٣ - ينظر : سورة الإسراء ، آية (٣٤).
٤ - ينظر : سورة التوبة ، آية (١١١).
٥ - ينظر : سورة البقرة ، آية (٢٦١).
٦ - ينظر : روح المعاني للألوسي ٤/ ٢٠٢.

آيات تذكر الأموال غير المنقولة :

الدليل السابع : ﴿وَاللّهُ جَعَلَ لَكُم مِّن بُيُوتِكُمْ سَكَنًا ﴾[١] .

الدليل الثامن :﴿ وَيَسْتَأْذِنُ فَرِيقٌ مِّنْهُمُ النَّبِيَّ يَقُولُونَ إِنَّ بُيُوتَنَا عَوْرَةٌ وَمَا هِيَ بِعَوْرَةٍ إِن يُرِيدُونَ إِلَّا فِرَارًا﴾[٢].

الدليل التاسع : ﴿ أَن تَأْكُلُوا مِن بُيُوتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ آبَائِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أُمَّهَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ إِخْوَانِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخَوَاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَعْمَامِكُمْ أَوْ بُيُوتِ عَمَّاتِكُمْ أَوْ بُيُوتِ أَخْوَالِكُمْ أَوْ بُيُوتِ خَالَاتِكُمْ أَوْ مَا مَلَكْتُم مَّفَاتِحَهُ أَوْ صَدِيقِكُمْ ﴾ [٣] .

وجه الدلالة من النصوص : أن الله تعالى أضاف البيوت إلى أصحابها إضافة تمليك و اختصاص قال القرطبي في تفسير الآية الأخيرة : لما خصص الله سبحانه بني آدم الذين كرمهم و فضلهم بالمنازل و سترهم فيها من الأبصار و ملّكهم الاستمتاع بها على الانفراد منع الآخرين من دخولها إلا بالإذن [٤].

آيات تذكر الأموال المنقولة :

الدليل العاشر : قوله تعالى:﴿ أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا خَلَقْنَا لَهُمْ مِمَّا عَمِلَتْ أَيْدِينَا أَنْعَامًا فَهُمْ لَهَا مَالِكُونَ وَذَلَّلْنَاهَا لَهُمْ فَمِنْهَا رَكُوبُهُمْ وَمِنْهَا يَأْكُلُونَ وَلَهُمْ فِيهَا مَنَافِعُ وَمَشَارِبُ أَفَلَا يَشْكُرُونَ﴾ [٥] .

---

[١] - ينظر : سورة النحل ، آية (٨٠).
[٢] - ينظر : سورة الأحزاب ، آية (١٦) .
[٣] - ينظر : سورة النور ، آية (٦١).
[٤] - ينظر : تفسير القرطبي ٢١٢/١٢ .
[٥] - ينظر : سورة يس ، آية (٧١ ، ٧٢ ، ٧٣) .

وجه الدلالة من النصوص : أن الله عز وجل أضاف الأمتعة و الأنعام التي خلقها إلى مالكيها من الناس فقال تعالى : فهم لها مالكون أي متملكون بتمليك الله إياهم ، ثم بين صاحب روح المعاني أن إيثار الجملة الاسمية للدلالة على استقرار ملكيتهم للأنعام و دوامها و استمرارها [١] ، وإذا تقرر مشروعية التملك ثبت جواز التمليك للغير .

[١] - ينظر :روح المعاني ٣/٥٠-٥١.

ثانياً : الأدلة من السنة :

١- عن أبي بكرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال في خطبة حجة الوداع : (فإن دماءكم و أموالكم و أعراضكم حرامٌ كحرمة يومكم هذا في بلدكم هذا في شهركم هذا) [١] .

٢- عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : قال رسول الله ﷺ : (كل المسلم على المسلم حرام دمه و ماله و عرضه) [٢] .

٣- عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ أنه قال : (أُمرتُ أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فمن قالها فقد عصم مني ماله و دمه و نفسه إلا بحقه و حسابه على الله) [٣]

٤- عن ابن عباس رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ قال : (لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم و دماءهم ولكن اليمين على المدعى عليه) [٤] .

وجه الدلالة من النصوص السابقة :

إن في أمر الإسلام بالمحافظة على النفس و الابتعاد عن الهلاك أمر بما يؤدي إلى ذلك و لا طريق له في مجال الاقتيات إلا بالملكية الفردية ، فالإنسان الذي قدر الله عليه في هذه الحياة أن يأكل و يشرب و حاجته كل يوم إلى غذاء متجدد لا يتأتى كل ذلك إلا بالحيازة لما يحقق له ذلك

---

١ - أخرجه : البخاري في كتاب العلم ، باب قول النبي ﷺ (رب مبلغ أوعى من سامع) ١/١٥٨برقم (٦٧).

٢- أخرجه: مسلم في البر والصلة ، باب تحريم ظلم المسلم ٤/ ١٩٨٦ ، و أبو داوود في الأدب ، باب في الغيبة ٥ / ١٩٦، و الترمذي في البر والصلة ، باب ما جاء في شفقة المسلم على المسلم ٦/١٧٤ .

٣- أخرجه : البخاري في الاعتصام بالكتاب و السنة ١٣/ ٢٥٠برقم (١٣٩٩).

٤ - أخرجه: البخاري كتاب التفسير باب (إن الذين يشترون بعهد الله وأيمانهم ثمنا قليلا) ٨/٢١٥برقم(٤٥٥٢) ، و مسلم في الأقضية باب اليمين على المدعى عليه ٣/ ١٣٣٦ .

فالملكية الفردية ليست داخلة في دائرة الجواز فحسب ، بل الإنسان مأمور بها في سبيل المحافظة على الحياة .

بالإضافة إلى هذا كله ، فإن تحريم الإسلام للسرقة ، و للغش و الغصب و في إيجابه أداء الأمانات لأصحابها ورد المال إلى صاحبه و معاقبة السارق و الغاصب و الغاش و الخائن ما يدل على حماية الإسلام للملكية الفردية[١] ، وفي هذا دلالة ظاهرة على مشروعية التمليك ؛ لأن ماجاز تملكه جاز تمليكه .

١ – ينظر : قيود الملكية الخاصة ، ص: ١٨١ .

المطلب الثالث : أسباب الملكية وأقسامها.

سأتناول في هذا المطلب أسباب الملكية وأقسامها دون التطرق إلى تفاصيلها ؛ خوف الإطالة ،وفيما يلي بيان ذلك :

- **أسباب الملكية :**

هذه الأسباب على ثلاثة أنواع :

١-مثبت للملك ابتداء : وهو الاستيلاء.

٢-ناقل للملك بعد ثبوته : وهو البيع ونحوه.

٣-ومبق للملك على الورثة والموصى له بطريق النيابة : وهو الإرث والوصية.[١]

وجاء في الدر المختار[٢] : اعلم أن أسباب الملك ثلاثة :

١-ناقل : كبيع وهبة.

٢-وخلفية : كإرث.

٣-وأصالة : وهو الاستيلاء حقيقة بوضع اليد أو حكماً بالتهيئة كنصب شبكة الصيد على المباح الخالي عن مالك.

وبناءً على ما تقدم يمكن حصر طرق التملك المباحة في الشريعة بما يأتي :

---

[١] – ينظر : الأشباه والنظائر ، ص : ٣٤٩.

[٢] - ينظر : الدر المختار ٤٦٣/٦.

١-إحراز المباحات والاستيلاء عليها ويشمل الصيد وإحياء الموات واستخراج ما في باطن الأرض.

٢-العقود الناقلة للملكية من بيع و إجارة و هبة و وصية.

٣-الميراث.

٤-التعويض ، ويشمل ضمان ما ينقله الإنسان من أموال غيره والديه.

٥-التولد من المملوك مثل نتاج الحيوانات وثمر الزرع.

ومنهم من قال أن أسباب التملك التي أقرتها الشريعة تنحصر في أربعة :

١-إحراز المباحات.

٢-العقود.

٣-الخلفية.

٤-التولد من المملوك.

ويمكن تقسيم أسباب الملكية باعتبارين هما :

أولا: باعتبار الاختيار وعدمه :

١- أسباب اختيارية : وهي ما كان الإنسان مختارا في إيجادها وهي سببان : إحراز المباحات ، والعقود .

٢- أسباب جبرية : وهي ما ليس للإنسان فيها اختيار ، وهي سببان : الإرث ، والتولد من المملوك .

ثانياً : باعتبار الأثر النوعي :

ومن هذه الناحية تنقسم أسباب الملكية إلى نوعين : هما : أسباب منشئة للملك، وأسباب ناقلة له:

١- الأسباب المنشئة : وهي التي توجد ملكاً على شيء غير مملوك قبلها وهي : إحراز المباحات والتولد من المملوك.

٢- الأسباب الناقلة التي تتعلق بملك موجود قبلها فتنقله من حوزة إلى حوزة وهي : الخلفية – والعقود[١].

[١] – ينظر : الأشباه والنظائر ، ص : ٣٤٩.

- **أقسام الملكية :**

ينقسم الملك إلى أنواع عدة باعتبارات مختلفة ، فهو ينقسم باعتبار محله[١] إلى الأقسام التالية :

١- ملك عين ومنفعة : من الأمور المقررة أن من ملك عيناً فإن ملكه لها يكون شاملاً لملك رقبتها ومنفعتها.

٢- ملك عين بلا منفعة : الأصل ملك العين فإن مِلكه لها يستتبعه ملك المنفعة . إلا أن الشريعة أجازت ملك العين وحدها ، وهذا النوع يوجد حين تكون العين مملوكة لشخص والمنفعة مملوكة لآخر ، كأن يوصي شخص بمنفعة عين من أعيان تركته لآخر لمدة معينة بعد وفاته فيملك الموصى له منفعة العين بالوصية ويملك الورثة رقبتها بالإرث عند انتهاء المدة المعينة .

٣- ملك منفعة بلا عين : وهو اختصاص يبيح لمن ثبت له أن يستوفي المنفعة بنفسه دون ملك عينها ، كالإجارة .

٤- ملك الانتفاع : وهو عبارة عن الإذن للشخص في أن يباشر هو بنفسه فقط ، كالإذن في سكنى المدارس ، والعارية ونحو ذلك ، وليس له يعاوض بطريق من طرق

[١] – ينظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص: ٢٣٦، كشاف القناع ١/٤٢٦.

المعاوضات ، أو يسكن غيره ، بخلاف ملك المنفعة فله أن يستوفي المنفعة بنفـــسه وأن يملكها لغيره بعوض أو بغيره

٥- ملك الدين : يتحقق ملك الدين فيما إذا كان لشخص في ذمة آخر مبلغ من المال وجب بسبب من الأسباب الشرعية ، كثمن المبيع وضمان المتلف ونحوهما .

وينقسم باعتبار صاحبه إلى الأقسام التالية :

١- ملكية خاصة : وهي التي يكون مستحقها وصاحبها فرداً أو جماعة .

٢- ملكية عامة : هي التي يكون المالك لها مجموع الأمة دون النظر للأفراد ، بحيث يكون الانتفاع بها لهم جميعا[١] .

٣- ملكية بيت المال : هي الملكية التابعة للدولة ، وهذه الملكية يكون صاحب الاختصاص فيها هو بيت المال يتصرف فيها تصرف الملاك الخاصين في أملاكهم بالبيع والإنفاق والهبة بشرط أن تتحقق مع هذا مصلحة الجماعة .

وينقسم باعتبار كماله ونقصانه إلى قسمين :

١- ملكية تامة : وهي ملك الرقبة والمنفعة .

٢- ملكية ناقصة : وتشمل نوعين ، ملك العين وحدها دون منفعتها ، وملك المنفعة وحدها دون عينها .

---

[١] – ينظر : الخراج ، ص : ٩٧-٩٨.

الفصل الأول

الضوابط المتعلقة بالتمليك الصحيح

وفيه تسعة مباحث:

المبحث الأول : التمليك تسليط على التصرف.

المبحث الثاني: ما جاز تملكه جاز تمليكه.

المبحث الثالث : عقود التمليكات صحيحة في المبهم من أعيان متميزة متساوية ، متفرقـــة أو مختلطة.

المبحث الرابع: التمليك يصح الرجوع فيه قبل اتصال القبول به.

المبحث الخامس: تمليك الدين صحيح ممن عليه الدين.

المبحث السادس: التمليك يقتضي اختصاصاً بالمحل.

المبحث السابع: القول قول المملِّك في بيان جهة التمليك.

المبحث الثامن: تمليك المعدوم بالتبعية صحيح إذا صرح بدخوله.

المبحث التاسع: تمليك المعدوم بالتبعية صحيح إذا كان المحل يستلزمه ولو لم يصرح بدخوله.

المبحث الأول : التمليك تسليط على التصرف

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المطلب الأول: صيغ الضابط

- "التمليك تسليط على التصرف" [١].
- " كل من جُعل إليه شيءٌ فهو إليه ، إن شاء أخذه وإن شاء تركه"[٢]

١- ينظر : المبسوط للسرخسي ١٣/٢٥ .
٢- ينظر : ينظر : الأم ٣/١٩٩

المطلب الثاني: معنى الضابط

هذا الضابط يبيّن خاصية التمليك و ثمرته ، فالملك يثبت من أجل الحصول على جميع الفوائد المشروعة المترتبة على التمليك ، والتي يمكن الحصول عليها من تلك الأشياء المملوكة بحسب أنواعها ، , وحرية التصرف لها صور كثيرة ، من أهمها :

١- استغلال المملوك على الوجه المشروع .

٢- هبة الشيء المملوك .

٣- بيعه .

٤- التبرع به .

فمن ملك شيئاً قدر على التصرف فيه بكل أنواع التصرف المباحة ؛ لأن معنى الملك : القدرة على التصرف . لكن إذا وجد مانع حال دون ذلك التصرف كالحجر مثلاً.

المطلب الثالث: دليل الضابط

عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال " لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه "[١] .

وجه الدلالة : أن رسول الله ﷺاشترط لانتقال الملك من المالك الأصلي إلى غيره أن يكون ذلك بطيب نفسه ، فكان هذا الحديث أصلاً في انتقال الملك إذا تحققت شروطه ، وحينئذٍ تثبت فائدته وثمرته المترتبة عليه _سواءً كان ذلك الانتقال بعوض أو بغير عوض_ وهي تمكين المملَّك من التصرف في المملوك [٢].

١ – أخرجه : الدارقطني في سننه ٣/٢٦ ، أحمد في مسنده ٥/٧٢-٧٣ ، قال الهيثمي في المجمع ٣/٥٨٥: وأبو حرة الرقاشي وثقه أبو داود وضعفه ابن معين ، وفيه علي بن زيد وفيه كلام .

٢- ينظر : نيل الأوطار ٥/٣٧٩-بتصرف- .

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

لقد أولى الفقهاء عنايةً خاصةً ببيان القدرات و السلطات التي يخولها حق الملك لصاحبه و هي ما أطلقوا عليه حكم الملك و أرادوا بحكم الملك : الأثر أو الثمرة أو الغاية و الفائدة التي رتبها الشارع الحكيم على قيام الملك ، و أن النصوص الفقهية التي تبين ما يثبت للمالك من سلطات أو قدرات على الشيء المملوك كثيرة و هي متناثرة في الأبواب الفقهية .

و فيما يلي أشير إلى بعض النصوص الفقهية من كتب المذاهب الأربعة :

(أ) من فقه الحنفية :

قال الكاساني [١] : (حكم الملك ولاية التصرف للمالك في المملوك باختياره ليس لأحد ولاية الجبر عليه إلا لضرره و لا لأحد ولاية المنع عنه و إن كان يتضرر به إلا إذا تعلق به حق الغير فيمنع عن التصرف من غير رضا صاحب الحق و غير المالك له التصرف في ملكه من غير إذنه و رضاه إلا لضرورة) [٢].

---

١ – هو أبو بكر بن مسعود بن أحمد ، علاء الدين ، منسوب إلى كاسان ، بلدة بالتركستان خلف نهر سيحون ، من أهل حلب ، ومن أئمة الحنفية ، كان يسمى " ملك العلماء " ، من تصانيفه : بدائع الصنائع ، والسلطان المبين في أصول الدين ن توفي رحمه الله سنة ٥٧٨هـ .ينظر : الجواهر المضية٢/٢٤٤.

٢ - ينظر: بدائع الصنائع ٨/ ٤٠١٢.

(ب) من فقه المالكية :

قال محمد علي حسين[١]: (و الصحيح في حد الملك أنه تمكن الإنسان شرعاً بنفسه أو بنيابته من الانتفاع بالعين أو المنفعة و من أخذ العوض عن العين أو المنفعة) . [٢]

(ج) من فقه الشافعية :

قال العز بن عبد السلام[٣]: (يثبت التصرف بحصول الملك و يزول بزواله) [٤].

(د) من فقه الحنابلة :

قال ابن قدامة [٥] : (لأن الملك لإطلاق التصرف و المنفعة المباحة يباح له استيفاؤها فجاز له أخذ عوضها) [٦] .

و إن المتأمل في تعريفات الفقهاء لحقيقة الملك يجد أنها قد أوضحت بصفة عامة أن الملك يعطي صاحبه القدرة على التصرف بجميع أنواع التصرف ما دامت ضمن الحدود التي حددتها الشريعة و سمحت بها .

١- هو محمد علي بن حسين بن إبراهيم المالكي ، فقيه من فضلاء الحجاز ، مغربي الأصل ، ولد وتعلم بمكة سنة ١٢٨٧هـ ، وولي إفتاء المالكية بها سنة ١٣٤٠هـ ، من تصانيفه : تهذيب الفروق ، توفي رحمه الله سنة ١٣٦٧هـ .

٢ - ينظر : تهذيب الفروق و القواعد السنية ٣/ ٢٣٤. ينظر : الأعلام ١٩٧/٧.

٣- هو عبدالعزيز بن عبدالسلام أبي القاسم بن الحسن السلمي ، يلقب بسلطان العلماء ، فقيه شافعي مجتهد ، ولد بدمشق سنة ٥٧٧هـ ، وتولى التدريس والخطابة بالجامع الأموي ، من تصانيفه : قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، والفتاوى ، توفي رحمه الله سنة ٦٦٠هـ .

٤ - ينظر : قواعد الأحكام ٢/ ٦ . ينظر : طبقات السبكي ٤٠/٥.

٥ - هو عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، من أهل جمّاعيل من قرى نابلس بفلسطين ، خرج من بلده صغيرا مع عمه عندما ابتليت فلسطين بالصليبيين ، واستقر بدمشق ، واشترك مع صلاح الدين في محاربة الصليبيين ، ورحل إلى بغداد في طلب العلم أربع سنين ثم عاد إلى دمشق ، من تصانيفه : المغني في الفقه ، والكافي ، والمقنع ، والعمدة . ينظر : ذيل طبقات الحنابلة ص:١٣٣.

٦ - ينظر : المغني ٢٨٤/٤ .

أما الانتفاع بالأشياء المملوكة ، فإنه يأتي على صور متعددة ، يمكن تقسيمها إلى قسمين :

القسم الأول :

تصرفات مادية تؤدي إلى استهلاك الشيء المملوك كما في الأكل و الشرب ، بالإضافة إلى استعمال الشيء بالانتفاع بعينه كاستعمال الألبسة و السيارات و اتخاذ أدوات الزينة المسموح بها شرعاً .

القسم الثاني :

تصرفات اعتبارية تقديرية ، و هي التي قدرها الشارع و ذلك بنقل ملكية الأعيان أو منافعها إما بعوض كالبيع أو بغير عوض كالإعارة أو الهبة المطلقة أو الصدقة و غير ذلك [١].

و أريد أن أوضح في هذا المقام أن الانتفاع بالأشياء المملوكة ملكاً تاماً عن طريق استعمالها أو استهلاكها أو التصرف فيها ليس مطلقاً في الشريعة بحيث يتصرف المالك في المملوك كيف شاء على مراده و رغبته ، و إنما هو مقيد بقيود حددها الشريعة ، ليس هذا موضع بسطها [٢].

١- ينظر : قيود الملكية الخاصة لعبدالله المصلح ص١٢٥.

٢- راجع : الملكية في الشريعة الإسلامية طبيعتها ووظيفتها وقيودها لعبدالسلام العبادي ، والملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية لأحمد فراج حسين ، و قيود الملكية الخاصة لعبدالله المصلح .

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط

من الفروع الفقهية المندرجة تحت هذا الضابط :

١- إذا اشترى الإنسان شيئاً بعقدٍ صحيح وقبضه فقد ملكه ، وحلّ له الانتفاع به والتصرف فيه على الوجه المشروع ، وكذلك البائع فيما يتعلق بالثمن[١] .

٢- إذا قبضت المرأة مهرها ملكته وأصبحت حرة التصرف فيه بكل وجوه التصرف المباحـــة [٢] .

٣- إذا حصل المرء على مال بطريق الهبة جاز له الانتفاع به والتصرف فيه على الوجه المسموح به شرعاً .

١- ينظر : موسوعة القواعد الفقهية ٤/٤٧٨.

٢- ينظر : المرجع السابق ٤/٤٧٨.

المبحث الثاني: ما جاز تملكه جاز تمليكه

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المطلب الأول: صيغ الضابط

- "ما جاز تملكه جاز تمليكه"[١] .
- "كل مملوك أبيح الانتفاع به يجوز بيعه إلا ما استثناه الشرع "[٢].
- " من ملك شيئاً له أن يخرجه عن ملكه عينا كان أو منفعة بالتمليك بأنواعه "[٣] .
- " بيع ما لا يعد مالاً بين الناس والشراء به باطل "[٤] .
- " بيع غير المتقوم باطل "[٥] .

١- ينظر : شرح الجصاص لمختصر الطحاوي ٩٢٩/١.
٢- ينظر : المغني ٢٨٤/٤ .
٣- ينظر: المنثور في القواعد ٣٩٣/٣.
٤- ينظر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ، مادة ٢١٠، ١٥٩/١.
٥- ينظر: المصدر السابق ، مادة ٢١١، ١٥٩/١.

المطلب الثاني: معنى الضابط

أن ما يجوز تمليكه من الأشياء إنما هو المملوك الذي أباح الشارع تملكه والانتفاع به ، وأما مالم يبح الشارع تملكه أو الانتفاع به ؛ لكونه محرماً أو نجسا ونحو ذلك فلا يجوز تمليكه بأي وجهٍ من وجوه التمليك. وبناءً عليه فإن هذا الضابط أفاد شرطاً من شروط صحة عقود التمليكات وهو أن يكون محل التمليك مالاً محرزاً فيه منفعة مباحة وله قيمة مادية ويقع عليه الملك.

المطلب الثالث: دليل الضابط

١- قوله تعالى : ﴿ يأيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ [١] .

وجه الدلالة: أن الله عز وجل ينهى عباده المؤمنين عن أكل أموال بعضهم بأنواع المكاسب غير الشرعية ، والتجارات الفاسدة ، وبناءً عليه فإن تمليك ما نُهي عنه ؛ لكونه لا يجوز تملكه والاعتياض عنه بمال يعد من أكل أموال الناس بالباطل . إذا تقرر هذا فلكي يجتنب هذا النهي يجب أن يكون الشيء المراد تمليكه مما يجوز تملكه ؛ حتى لا يكون البيع من قبيل أكل أموال الناس بالباطل [٢] .

٢- عن جابر بن عبدالله رضي الله عنهما أنه سمع رسول الله ﷺ يقول – وهو بمكة عام الفتح – " إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، فقيل : يا رسول الله أرأيت شحوم الميتة ، فإنه يطلى بها السفن ، ويدهن بها الجلود ، ويستصبح بها الناس ، فقال : لا ، هو حرام ، ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك : قاتل الله اليهود ، إن الله لما حرم شحومها جملوه ثم باعوه فأكلوا ثمنه " [٣].

١- ينظر: سورة النساء ، آية(٢٩).

٢- ينظر : تفسير القرآن العظيم لابن كثير ٤٧٩/١.

٣ - أخرجه : البخاري في البيوع ، باب بيع الميتة والأصنام برقم (٢٢٣٦) ، ومسلم في المساقاة ، باب تحريم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام برقم (١٥٨١) واللفظ له.

وجه الدلالة : يدل الحديث بمنطوقه على أن الله عز وجل حرم بيع الخمر والميتة والخنزير ؛ لعدم جواز الانتفاع الشرعي بها [١]. وبناءً عليه فإنه إذا حرمت المنفعة المقصودة من هذه الأشياء ، أصبحت هذه الأشياء أموالاً غير متقومة لا يجوز تملكها فضلاً عن تمليكها ، وهذا يدل بمفهومه على أن ماجاز تملكه جاز تمليكه .

١ - ينظر : شرح صحيح مسلم ١١/٧، والمغني ٦/٣٢٠.

المطلب الرابع: دراسة الضابط

لقد ورد هذا الضابط عند فقهاء المذاهب بألفاظ متعددة ، منها ما هو بصيغة ضابط أو تعريف أو حكم فقهي أو شرط أو مايتعلق بمفهوم الضابط ،وهذا يدل دلالة ظاهرة على اتفاق المذاهب الأربعة على الحكم الذي تضمنه هذا الضابط ، و فيما يلي أشير إلى بعض النصوص الفقهية من كتب المذاهب الأربعة :

(أ) من فقه الحنفية :

قال السرخسي[١] : " البيع الحلال مقابلة مال متقوم بمال متقوم" [٢].

(ب) من فقه المالكية :

قال القرافي : " وشرط للمعقود عليه انتفاع [٣] .

(ج) من فقه الشافعية :

قال الغزالي [٤]: " من شروط المبيع الانتفاع ؛ ليصح مقابلة الثمن له "[٥] .

١- هو محمد بن أحمد بن أبي سهل ، أبو بكر السرخسي ، من أهل (سرخس) بلدة في خراسان ، ويلقب بشمس الأئمة ، كان إماما في فقه الحنفية ، علّامة حجة متكلما ناظرا أصوليا مجتهدا في المسائل ، أخذ عنه الحلواني وغيره ، من تصانيفه : المبسوط ، والأصول ، توفي رحمه الله سنة ٤٨٣هـ ينظر : الجواهر المضية ٢٨/٢.

٢- ينظر : المبسوط ١٠٩/٢.

٣ – ينظر : الفروق ٣٨٥/٣.

٤– هو محمد بن محمد بن محمد أبو حامد الغزالي ، نسبة إلى (غزّالة) قرية من قرى طوس ، من تصانيفه : البسيط ، والوسيط ، والوجيز ، وإحياء علوم الدين .ينظر : الأعلام ٢٤٧/٧.

٥ - ينظر : الوسيط ١٧/٣.

(د) من فقه الحنابلة :

قال ابن قدامة " ولا يصح البيع إلا بشروط سبعة أحدها : أن يكون المبيع مالاً"[١] .

ومن هنا يتبين أن كل شيء تتوافر فيه ضوابط المال المتقوم الذي يجوز تملكه يجوز أن يكون محلاً للتمليك ، فيجوز بيعه وهبته وسائر أنواع التمليكات ، وهذا الضابط ينسجم مع القاعدة العامة في الشريعة وهي أن : " الأصل في الأشياء الإباحة حتى يدل الدليل على التحريم "[٢]، فالله تبارك وتعالى خلق كل شيء لمصلحة الإنسان وأباحه له إلا ما دل الدليل الشرعي على منعه والنهي عنه ، حيث قال تعالى : ﴿ هو الذي خلق لكم ما في الأرض جميعا ﴾[٣] ، وبالتالي هم يتمولونها ، ويتبادلونها فيما بينهم لحاجتهم إليها ، فإذا توفرت في هذه الأشياء المال المتقوم جاز بيعها وهبتها ونحو ذلك .

---

١ - ينظر : المقنع ٢/٤-٦.

٢ - ينظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص١٣٣.

٣ - ينظر : سورة البقرة ، آية (٢٩).

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط

من الفروع الفقهية المندرجة تحت هذا الضابط :

١- إذا ملك الإنسان دابةً أو سيارةً أو بيتاً جاز له التصرف بها ؛ لأنه يجوز له الانتفاع بها وماجاز تملكه جاز تمليكه[١] .

٢- إذا ملك أرضا جاز له تمليكها لغيره بهبة أو صدقة أو نحوهما .

٣- يجوز بيع الأسهم شرعاً ؛ وذلك لأن السهم حق مالي ، فهو عبارة عن جزء من رأس مال الشركة ، وهذا الحق له قيمة مالية عند الناس ، ويجوز تملكه والانتفاع به ، فكان مالاً متقوماً يجوز تمليكه ، شريطة أن تتعامل الشركات المساهمة على وفق الشريعة الإسلامية[٢].

١- ينظر: القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية ص :٨٧ .

٢- ينظر: المرجع السابق.

المبحث الثالث : عقود التمليكات صحيحة في المبهم من أعيان متميزة متساوية متفرقة أو مختلطة

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المطلب الأول: صيغ الضابط

- " كل ما تساوت أجزاؤه من مكيل وموزون له حكم الصبرة " [١].
- "عقود التمليكات صحيحة في المبهم من أعيان متميزة متساوية متفرقة" [٢].
- " الجهالة التي لا تفضي إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد " [٣] .

١- ينظر : الإقناع ٦٩/٢.
٢- ينظر: شرح تحفة أهل الطلب في تجريد أصول قواعد ابن رجب ص :٣٤٦ .
٣- ينظر : المبسوط ٥٥/١٣.

المطلب الثاني: معنى الضابط

الأصل أن التعاقد يجب أن يكون على شيء معلوم . لكن إذا إذا وُجد في المعقود عليه جهالة فلا تخلو : إما أن تؤدي هذه الجهالة إلى المنازعة والخصام بين المتعاقدين ، وإما أن لا تؤدي إليها.

- فإذا كانت الجهالة تؤدي إلى المنازعة فالعقد باطل ، وهذا مفهوم الضابط .
- وأما إذا كانت الجهالة يسيرة لا تفضي إلى المنازعة فإن العقد صحيح ، وهذا منطوق الضابط .

وبناءً عليه فإن عقود التمليكات المالية إذا وقعت على مبهمٍ من أعيان متميزة متساويةٍ غير متفاوتة القيمة صح العقد ؛ لانتفاء الجهالة المؤدية إلى النزاع.

المطلب الثالث: دليل الضابط

١- قوله تعالي ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾[١].

وجه الدلالة : دلت الآية على اشتراط الرضا في التجارة وهو يكون بالمعلوم لا بالمجهول[٢] ولا يكون المبيع معلوما إلا بتعيينه فدلت على اشتراط تعيينه ، و هذا محمول على الجهالة الفاحشة المؤدية إلى المنازعة وأكل أموال الناس بالباطل ، أما إذا كان العقد على مبهمٍ من أعيان متساوية فالجهالة والحالة هذه يسيرة ، وهذا ما يدل مفهوم الآية .

٢- عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال : " نهانا رسول الله ﷺ عن بيعتين ولبستين ، نهى عن الملامسة[٣] والمنابذة[٤] في البيع .." الحديث[٥].

وجه الدلالة : يدل الحديث بمنطوقه على تحريم بيع الملامسة والمنابذة ، والنهي المجرد يفيد التحريم ، وعلة النهي في ذلك هي جهالة المبيع جهالةً فاحشة تفضي إلى المنازعة ، و يدل بمفهومه على أن

---

١ - ينظر: سورة النساء ، آية : (٢٩).

٢ - ينظر : بدائع الصنائع ٥/١٥٦ .

٣ - الملامسة : هو أن يقول إن لمست ثوبي أو لمست ثوبك فقد وجب البيع . ينظر : النهاية في غريب الحديث ٤/٢٣١.

٤ - المنابذة : هو أن يقول انبذ إلي الثوب أو أنبذه إليك ليجب البيع . ينظر : النهاية في غريب الحديث ٥/٥.

٥ - أخرجه : البخاري في اللباس ، اشتمال الصماء ١٠/٢٧٨برقم (٥٨٢١)

الجهالة اليسيرة تغتفر في العقود ؛ لرفع الحرج عن الناس ، ولكونها لا تؤدي إلى المنازعة التي تفسد العقد ، وهذا التوجيه يؤيد ما قرره هذا الضابط ويدل عليه .

٣- أن الشيء إذا كان يسيرا حقيرا مما يتغابن الناس بمثله ، ولا يسلمون منه غالبا فإنه مغفور ومعفو عنه ، ولا يلتفت إليه وإنما يتجاوز عنه ويتسامح فيه ولا يعامل معاملة الكثير ، فالعبرة بالأغلب واليسير يكون في حكم المعدوم.

المطلب الرابع: دراسة الضابط

لقد اتفق الفقهاء على اشتراط تعيين المبيع ، فلا يتم عقد البيع عليه إلا بعد ذلك [١] ، واستدلوا بثلاثة أدلة :

الدليل الأول : قوله تعالي ﴿ يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم ﴾ [٢].

وجه الدلالة : دلت الآية على اشتراط الرضا في التجارة وهو يكون بالمعلوم لا بالمجهول [٣] ولا يكون المبيع معلوما إلا بتعيينه فدلت على اشتراط تعيينه ، و هذا محمول على الجهالة الفاحشة المؤدية إلى المنازعة وأكل أموال الناس بالباطل ، أما إذا كان العقد على مبهمٍ من أعيان متساوية فالجهالة والحالة هذه يسيرة ، وهذا ما يدل مفهوم الآية .

الدليل الثاني : عن أبي هريرة رضي الله عنه قال : (نهي رسول الله ﷺ عن بيع الغرر) [٤] .

وجه الدلالة : يدل الحديث بمنطوقه على تحريم بيع الغرر ، والنهي المجرد يفيد التحريم ، وعلة النهي في ذلك جهالة المبيع وكونه غير معين [٥]، ويدل بمفهومه على صحة تمليك المبهم إذا كانت أعيانه متساوية ؛ لعدم التفاوت بينها ، وعدم إفضائه إلى التراع المفسد للعقد.

1- ينظر: بدائع الصانع ١٥٦/٥ ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ٢٧٦/٤ ، مغني المحتاج ١٦/٢، كشاف القناع ١٦٣/٣.

٢- ينظر: سورة النساء ، آية : (٢٩).

٣- ينظر : بدائع الصنائع ١٥٦/٥ .

٤- أخرجه : مسلم : ١٥١٣ .

إذا تقرر هذا فإن المبهم المراد تمليكه لا يخلو :

- إما أن يكون ذاته متميزاً للمتبايعين ، فتعيّن بالإشارة إليهما كبعتك هذه الدار، وبالتسمية كبعتك ثوبي مع قصد المتبايعين للمعين لهما . وحينئذٍ يكون التمليك صحيحاً.
- وإما أن يكون مشاعا في غيره و ذاته غير معين . فإن كان متنوعا ككتاب وقلم ومشط لكنها مرئية واتحد سعرها كالواحدة من هذه السلع بخمسة ريالات.فإن أخذ المشتري أحدها فالعقد صحيح ؛ لأنه لا يتم إلا بعد تعيين المشتري ما يريده منها ويكون بيعا بالمعاطاة .

وإن كان غير متحدٍ ثمنُها كقلم بريال وكتاب بعشرة وحقيبة بخمسين ، فإن عينت المباعة منها بعد العقد ورضي بها البيعان كان بيعا بالمعاطاة ويلغي العقد السابق [١] ، وإن لم تعين فلها حينئذ

أربع حالات :

الحالة الأولى : أن يكون محلُّ التمليك مشاعا بمخالفٍ له في جنسه : كبعتك إحدى هذه البهائم بألف ريال . وهي بقر وغنم وإبل . فلا يصح البيع ؛ لعدم تعيين المبيع بذاته فيفضي إلى نزاع المتعاقدين ؛ لوقوع البيع على أحد الأشياء المختلفة وكلٌّ منهما يرغب فيما هو من صالحه ، فإن تراضيا بعد تعيين واحد من ذلك كان ابتداءً بيع بالمعاطاة .

٥- ينظر: شرح النووي على صحيح مسلم ١٠/١٥٦، كشاف القناع ٣/١٦٣ ، ثم إن بين الغرر والجهل عموم وخصوص وجهي فيوجدان جميعا كالعبد الآبق المجهول الصفة قبل الإياق . ويوجد كل منهما دون الآخر فالمجهول فقط كبيع ما في الجيب فإنه حاصل لكنه مجهول وأما الغرر وحده فكبيع الطير في الهواء فإنه لا يدري هل يحصل عليه أم لا ، ينظر: الفروق ٣/٢٦٥ .

١ - ينظر : فتح القدير ٦/٢٧٠-٢٧١ .

الحالة الثانية : أن يكون مشاعا في مماثلٍ له بلا تفاوت ، فإن عين قدر المبيع منها كربع هذا البيت أو سهما [١] من هذا الشيء أو كيلا [٢] من هذا التمر أو وزن هذا الحجر أو ملء هـذا الإنـاء ولا يعرف قدر الحجر ولا الإناء [٣] يقينا لكنهما مرئيان وكانت الجملة – المبيع منها ذلك – معلومـة القدر للبيعين صح البيع للعلم بقدرها وتعيين قدر المبيع منها قال الكاساني : (ولو بـاع عـشرة أسهم من مائة سهم جاز بالإجماع)[٤] . وإن لم يعين قدر المبيع غير معين لم يصح البيع لعدم تعيين قدر المبيع من الجملة قال النووي :(أما إذا قال : بعتك بعض هذه الصبرة أو نصيبا منها أو جزءاً منها أو سهما أو ما شئت ونحو هذا من العبارات التي ليس فيها قدر معلوم فالبيع باطل بلا خلاف لأنه غرر)[٥] .

وكذا إن عين بعدد أوكيل أو وزن معلوم قدر المبيع من الجملة المرئية المبـاع منـها ولا يعلـم اشتمالها على هذا القدر المعين كمتر من هذا القماش أو صاع من هذا التمر ولا يعلم أفيهما هـذا القدر المعين أم لا ؟ فلا يصح البيع ؛ لأنه غرر[٦] .

---

١ - السهم في اللغة : له عدة معان منها : النصيب ، وجمعه أسهم وسهام وسهمان المصباح المنير ص ٢٩٣ وفي الاصطلاح له عدة تعريفات يمكن أن يستخلص منها انه :[قدر شائع مع مساو له] ينظر : فتح القدير ٦/٢٧٥ وزكاة الأسهم والسندات والورق النقدي ص ١١ وشركة المساهمة في النظام السعودي ص ٣٣٢ – ٣٣٣ .

٢ - كلمة تدل على ألف مما ركبت معه كالمتر والجرام فتعني : ألفا من كل منهما يقال كيل متر وكيل جرام – وهي دخيلة – ينظر :المعجم الوسيط ٢/٨٠٨ وفي العربية تلفظ كيل بدون واو لأنه ليس في العربية اسم معرب آخره واو مضموم ما قبلها إلا الأسماء الستة .ينظر: شرح ابن عقيل ١/٨٣ .

٣ - ينظر: الهداية ٦/٢٦٥ ،المجموع ٩/٣١٨ ، كشاف القناع ٣/١٧٣ .

٤ -ينظر: بدائع الصنائع ٥/١٦٢ .

٥ - ينظر: المجموع ٩/٣١١-٣١٣ .

٦ - ينظر: المهذب ١/،٢٧٢ ،كشاف القناع ٣/١٦٨ .

أما إن كان القدر المبيع من الجملة المرئية المجهول قدرها معينا بجزء منها معلوم كربعها فيصح البيع ؛ لتعيين قدر المبيع ولتعيين الجملة المبيع منها بالرؤية ولا يضر الجهل بقدرها اكتفاء برؤيتها [١] .

الحالة الثالثة : أن يكون مشاعا في مماثل له مع التفاوت بينها :

و هذا له قسمان :

القسم الأول : سلع متفاوتة في المقدار ، وهذا ضربان :

الضرب الأول : تفاوت فاحش كبعتك كتاباً من هذه الكتب بكذا ، وفيها الكتاب المكون من جزء واحد ، والمكون من أكثر من جزء . وحينئذ لابد من تعيين المبيع منها بتسميته أو الإشارة إليه ، لأن عدم ذلك يفضي إلى الجهالة المؤدية إلى التراع دون مشقة في التعيين ولا حاجة داعية إلى عدمه [٢].

الضرب الثاني : تفاوت يسير ، والحاجة داعية إليه ، وفي تعيين المبيع من المشاع فيه مشقة ؛ لعدم إمكان ذلك كبعتك شربة من هذا السقاء – شربة تروي المشتري – ونحوه ، وهذا جائز بالإجماع [٣] ، مع أن الناس يختلفون في القدر الكافي فيهما لكن الغرر فيهما حقير والحاجة داعية إليه وفي تعيين القدر المبيع مشقة [٤].

---

١ - ينظر: الهداية وفتح القدير ٦/٢٧٠-٢٧١-٢٧٥، الشرح الصغير ٤/٤١-٤٠ ،المجموع ٩/٣١١-٣١٢ ،كشاف القناع ٣/١٦٨-١٦٩-١٧١ .

٢ - ينظر : شرح الطيبي على مشكاة المصابيح ٥/٧٤ .

٣ - ينظر :الشرح الصغير ٤/١٢٣ ،شرح النووي على صحيح مسلم ١٠/١٥٦ ،شرح الطي على مشكاة المصابيح ٥/٧٤ .

٤ - ينظر: المصدر السابق .

القسم الثاني : سلع متفاوتة في الصفة كشاة من هذه الشياه بكذا . وفيها الصغيرة والكبيرة والسمينة والهزيلة .

وقد اختلف الفقهاء في اشتراط تعيين المبيع من ذلك على ثلاثة أقوال ، فيما يلي ذكرها مع أدلتها اختصارا ؛ لأن المقصود بيان المذاهب التي قررت هذا الضابط فحسب :

القول الأول : لا يشترط تعيين السلعة المباعة إذا كانت مشاعة في ثلاث فأقل واشترط للمشتري خيار التعيين [١] وإليه ذهب الحنفية [٢] .

واستدلوا بدليلين :

الدليل الأول : خيار الشرط شرع لدفع الغبن ، واشتراط خيار التعيين للمشتري في السلعة المشاعة في ثلاث فما دون هو طريق لدفع الغبن أيضا فهو كخيار الشرط[٣].

الدليل الثاني : الناس تعاملوا بهذا البيع ؛ لاحتياج المشتري أحيانا إلى اختيار من يثق به أو اختيار من يشتري له ولا يمكِّنه البائع من ذلك إلا بالبيع . وخُّص بالمشاع في ثلاث فما دون ؛ لأن السلع تدور بين الجيد والوسط والرديء والجهالة في هذا العدد غير مفضية إلى المنازعة[٤].

---

١ - نوع من الخيار قال به بعض الحنفية والمالكية لبيع عين مشاعة في غيرها يثبت الاختيار في أحدها للمشتري . ينظر : بدائع الصنائع ١٥٧/٥ والهداية وفتح القدير والعناية ٣٢٥/٦ – ٣٣٠ والشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٥٨/٣-١٠٦ .

٢ - ينظر: بدائع الصنائع ١٥٧/٥ ،الهداية وفتح القدير والعناية ٣٢٥/٦ – ٣٢٦ .

٣ - ينظر: المصدر السابق .

٤ - ينظر: المصدر السابق .

القول الثاني : لا يشترط تعيين السلعة المباعة إذا كانت مشاعة في عدد ولو كثر إن اتحد الثمن وجعل فيها خيار التعيين للمشتري ، وإليه ذهب المالكية [١].

ولعل ذلك ؛ لعدم الإيغال في الجهالة ؛ لاتحاد الثمن ورؤية ما أشيع فيه المبيع وجعل خيار التعيين للمشتري .

القول الثالث : يشترط تعيين السلعة المباعة المشاعة في غيرها ، سواء اتحد الثمن أم اختلف ، وإليه ذهب الشافعية [٢]، والحنابلة [٣].

واستدلوا : بأن عدم تعيين العين المباعة المشاعة في غيرها يؤدي إلى الجهالة المفضية إلى النزاع ؛لتفاوتها في نفسها وفيه غرر بلا حاجة [٤].

نوقش من ثلاثة وجوه :

الوجه الأول : يمتنع وجود الجهالة ؛ لأن باشتراط الخيار للمشتري ينعقد البيع موجبا للملك عند اختياره لا للحال والمعقود عليه عند اختياره معلوم .

الوجه الثاني : يسلم أن في عدم تعيين السلعة من المشاعة منه فيه جهالة لكنها ليست مفضية إلى النزاع ؛ لأن البائع فوض الأمر إلى اختيار المشتري بأخذه أيها شاء فلا تقع المنازعة .

---

١ - ينظر: المدونة الكبرى ١٩٠/٤، ،الشرح الكبير وحاشية الدسوقي ٥٨/٣-١٠٦ .

٢ - ينظر: المجموع ٢٨٦/٩-٢٨٧ .

٣ - ينظر: كشاف القناع ١٦٧/٣ ،مطالب أولي النهي ٣١/٣ .

٤ - ينظر: الهداية والعناية ٣٢٥/٦ ،المهذب ٢٧٠/١ ،كشاف القناع ١٦٧/٣ .

الوجه الثالث : يمتنع أن لا حاجة إلى عدم التعيين بل الحاجة داعية إلى عدمه أحيانا حسب رغبة البائع وحاجته [١].

الترجيح : يظهر والله أعلم راجحان القولان الأول والثاني وهما : عدم اشتراط تعيين المشاع مما اختلفت أثمانها إذا كانت السلعة مشاعة في ثلاث فأقل . وعدم اشتراط التعيين مما اتحد أثمانها ولو زادت على ثلاث إذا جعل الخيار في الكل للمشتري ؛ وذلك لعدم الإيغال في الجهالة ؛ ولأن البائع راضٍ بجعل الاختيار للمشتري ، والحاجة داعية إلى هذا النوع من التعامل والناس متعاملون بها بلا نكير ، ثم إن اشترط المشتري خيار الشرط صح له رد الجميع ، وإلا وجب عليه اختيار أحدها [٢].

الحالة الرابعة : أن تكون السلعة مختلطة بغيرها إذا وجد صبرة [٣] مختلطة سواء أكانت من نوع واحد متفاوت كنمر جيد مختلط برديء أم من عدة أنواع كبر وشعير وذرة .

وبيع منها كيل –مثلا – فإن كانت أجزاء الصبرة متساوية القدر كصبرة مكونة من كيل بر جيد وكيل بر رديء ، صح البيع ؛ لعدم الغرر في الكيل المباع منها . أما إن كانت مختلفة الأجزاء كصبرة مكونة من مائة كيل تمر جيد وخمسين كيلا تمرا رديئا أو مختلطة من خمسة كيلات فستق وسبعة من البندق وعشرة من الفول السوداني وبيع منها كيلا واحدا – مثلا – فللفقهاء في صحة هذا البيع قولان :

---

١ - ينظر: بدائع الصنائع ١٥٧/٥، الهداية والعناية ٣٢٥/٦ .

٢ - ينظر: الهداية وفتح القدير والعناية ٣٢٩/٦ .

٣ - الصبرة : الطعام المجتمع كالكومة وجمعها صبر .ينظر: النهاية في غريب الحديث ٩/٣.

القول الأول : يصح هذا البيع وإليه ذهب الشافعية في الأصح [١] .

ويستدل له : بأن المبيع لا جهالة به ولا غرر ؛ لأنه مرئي .

القول الثاني : لا يصح هذا البيع وإليه ذهب الشافعية في وجه [٢] ، والحنابلة [٣].

واستدلوا : بأن عدم تساوي أجزاء الصبرة يؤدي إلي الجهالة بالمقدار المبيع منها [٤].

الترجيح : الذي يظهر والله أعلم ، أن المعتبر في ذلك : الجهالة وأثرها في إفضائها إلى المنازعة ، وبالتالي نجد أن أصحاب القول الأول يجوزون العقد ؛ لعدم الجهالة المؤدية إلى المنازعة ، بينما أصحاب القول الثاني لا يرون صحة هذا البيع ؛ للجهالة المؤثرة .

---

١ -ينظر: المجموع ٩/٣١٥ .
٢ -ينظر: المصدر السابق .
٣ -ينظر: كشاف القناع ٣/١٦٨-١٦٩ .
٤ -ينظر: المصدر السابق .

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط

من الفروع الفقهية المندرجة تحت هذا الضابط :

١- بيع سيارة مبهمة من مجموع سيارات متفقة في النوع والموديل والأوصاف والميزات [١].

٢- بيع ربطة مبهمة من حديد متفق في الجودة والقدر والأوصاف [٢] .

٣- بيع طن مبهم من صبرة طعام متساوية في النوع والجودة والأوصاف [٣].

٤- شراء ثوب مبهم من مجموع أثواب غير متفاوتة القيمة ولا الجودة والنوعية.

---

١ – ينظر : شرح تحفة أهل الطلب في تجريد قواعد ابن رجب ص٣٤٩.

٢ – ينظر : المرجع السابق.

٣ – ينظر : المرجع السابق.

المبحث الرابع: التمليك يصح الرجوع فيه قبل اتصال القبول به

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المطلب الأول: صيغ الضابط

- " التمليك يصح الرجوع فيه قبل اتصال القبول به" [١].

- " لو رجع أحد المتبايعين عن البيع بعد الإيجاب وقبل القبول بطل الإيجاب " [٢].

١- ينظر : المغني ٣٨٢/١٠ .

٢ – ينظر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١٣٤/١ ، المادة (١٨٤) .

المطلب الثاني: معنى الضابط

أفاد هذا الضابط حكماً من أحكام عقود التمليكات المالية ، وهو جواز الرجوع عن التمليك في عقود المعاوضات قبل تمام الإيجاب والقبول وقبل انعقاد العقد ، فيملك كل واحد من البائع والمشتري الخيار في الرجوع عن قوله وعن العقد .

المطلب الثالث: دليل الضابط

١- الإجماع : قال الشوكاني [١] - بعد ذكره الخلاف في خيار المجلس - : (وهذا الخلاف إنما بعد التفرق بالأقوال ، وأما قبله ، فالخيار ثابت إجماعا كما في البحر) [٢].

٢- أن رجوع البائع لا يتضمن إبطال حق الغير ؛ لأنه أثبت للمشتري حق التملك بقوله : بعتك بكذا ، مع العلم أن الملك ثابت للبائع قبل قبول المشتري حقيقة وحقيقة الملـــك مقدم على حق التملك [٣].

١- هو محمد بن علي الشوكاني ثم الصنعاني ، ولد بشوكان ونشأ وتعلم فيها ، وصل إلى درجة الاجتهاد وترك التقليد ، وله مصنفات كثيرة منـــها نيل الأوطار وفتح القدير ، توفي بصنعاء وهو حاكم سنة ١٢٥٠هـــ.

٢ - ينظر: نيل الأوطار ٥/٢٩١.ينظر : ٢/٢١٤.

٣- ينظر: روضة الطالبين ٣/٤٣٣،والمغني ٦/١٠.

المطلب الرابع: دراسة الضابط

اتفق أهل العلم على أن المملِّك يملك الخيار في الرجوع عن تمليكه قبل قبـــول المملَّـــك في مجلس العقد بالإجماع .

قال الشوكاني - بعد ذكره الخلاف في خيار المجلس - : (وهذا الخلاف إنما بعد التفرق بالأقوال ، وأما قبله ، فالخيار ثابت إجماعا كما في البحر) .

والمعنى : أن الخلاف في خيار المجلس حاصل بعد إتمام الإيجاب والقبول ، أما قبل تمام الإيجاب والقبول وقبل انعقاد العقد فيملك كل واحد من البائع والمشتري الخيار في الرجوع عن قوله وعن العقد وذلك بالإجماع فيشمل كلامه البائع فيملك الرجوع عن قوله بعتك بكذا قبل قبول المشتري بالإجماع كما قال الشوكاني .

وذلك لأن رجوع البائع لا يتضمن إبطال حق الغير ؛ لأنه أثبت للمشتري حق التملك بقوله : بعتك بكذا ، مع العلم أن الملك ثابت للبائع قبل قبول المشتري حقيقة وحقيقة الملك مقدم علـــى حق التملك . [١]

١- ينظر : تبيين الحقائق ٣/٤

أما إذا تم الإيجاب والقبول بين المتبايعين وتفرقا بالأبدان عن مجلس العقد دون فسخ فلا خلاف أن البيع يصير لازما لا يستقل أحد العاقدين بالرجوع عنه دون رضا الطرف الآخر وذلك ما لم يكن هناك سبب آخر لجواز العقد والرجوع عنه بسبب بقية الخيارات .

قال ابن قدامة : (أن البيع يلزم بتفرقهما ، لدلالة الحديث عليه ، ولا خلاف في لزومه بعد التفرق) . [١] وقال أيضا : (لا خلاف في أن البيع يلزم بعد التفرق ما لم يكن سبب يقتضي جوازه) ، وقد دل عليه قول النبي ﷺ (وإن تفرقا بعد أن تبايعا و لم يترك أحدهما البيع فقد وجب البيع) [٢] .

وجه الدلالة : فقد دل الحديث على أنه إذا تفرق العاقدان بعد انعقاد عقد البيع ، و لم يرجع أحدهما عن العقد فان العقد يلزم ولا يملك أحد العاقدان الرجوع عنه بعد ذلك [٣].

---

[١] - ينظر : المغني ١٢/٦.

[٢] - أخرجه : البخاري في البيوع ، باب إذا خير أحدهما صاحبه ٣٣٣/٤ ، برقم (٢١١٢).

[٣] - ينظر : المغني لابن قدامه ٣٠/٦ .

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط

من الفروع الفقهية المندرجة تحت هذا الضابط :

١- إذا قال البائع للمشتري : بعتك هذه السيارة بعشرين ألفا ، قبل قبـــول المشتري ، جاز ذلك.

المبحث الخامس: تمليك الدين صحيح ممن عليه الدين

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المطلب الأول: صيغ الضابط

- " تمليك الدين من غير من عليه الدين لا يجوز ، وتمليكه ممن عليه الدين جائز " [١].
- " لا يجوز تمليك الدين إلا ممن عليه الدين" [٢].

١ – ينظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ص: ٣٥٧.
٢ – ينظر : القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي ٣/٢٣٠.

المطلب الثاني: معنى الضابط

الدين : مال في الذمة ، أو هو : عبارة عن مال حكمي يحدث في الذمة ببيع أو استهـــلاك أو غيرهما . وهو لا يسقط إلا بالأداء أو الإبراء .

ومعنى هذا الضابط : أن صاحب الدين إذا ملّك دينه الثابت في ذمة المديون لغير من عليه الدين أنه لا يجوز سواءً كان بعوض أم بغير عوض .

أما تمليك الدين ممن عليه الدين فجائز ؛ لأنه في الحقيقة إبراء وإسقاط.

المطلب الثالث: دليل الضابط

١- عن أنس رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال (لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه)[١] .

وجه الدلالة :

دل هذا الحديث على أن للإنسان أن يعفو عن ملكه وحقه الثابت في ذمة غيره و إبرائه منه ؛ لأن من كان له حق جاز له إسقاطه وعدم المطالبة به ، وهذا يتناول تمليك الدين لم عليه الدين المقصود من هذا الضابط محل الدراسة.

٢- أن من شروط تمام عقد التمليك القدرة على التسليم وهذا ممكن في تمليك الدين ممن عليه الدين.

---

١ – ينظر : تخريجه ص : ٥٥ .

المطلب الرابع: دراسة الضابط

يختلف حكم تمليك الدين للمدين بحسب حال الدين ومدى استقرار ملك الدائن عليه وذلك لأن من الديون ما يكون الملك عليه مستقراً : كغرامة المتلف ، وبدل القرض ، وقيمة المغصوب ، وعوض الخلع ، وثمن البيع ، والأجرة بعد استيفاء المنفعة ، والمهر بعد الدخول ، ونحو ذلك . وهذا النوع من الديون لا خلاف بين الفقهاء في جواز تمليكه لمن هو عليه بعوض أو بغير عوض . غير أن جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة استثنوا من قاعدة جواز تمليك الدين لمن عليه بعوض بدل الصرف ورأس مال السلم ، فلم يجيزوا التصرف في أي منهما قبل قبضه ، لأن في ذلك تفويتاً لشرط الصحة ، وهو القبض في بدلي الصرف ورأس مال السلم قبل الافتراق .

كما اشترط الشافعية والحنابلة لصحة تمليك الدين لمن عليه أن يخلو العقد من ربا النسيئة ، فلو باع الدائن دينه من المدين بما لا يباع به نسيئة كذهب بفضة أو حنطة بشعير ونحو ذلك من الأموال الربوية فلا يصح ذلك إلا إذا قبض الدائن العوض قبل التفرق من المجلس ؛ وذلك لحديث ابن عمر رضي الله عنهما قال : كنت أبيع الإبل بالبقيع ، فأبيع بالدنانير وآخذ الدراهم ، وأبيع بالدراهم وآخذ الدنانير ، آخذ هذه من هذه ، وأعطي هذه من هذه ، فأتيت رسول الله ﷺ فسألته

عن ذلك فقال : (لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شئ)[١]. فقد شـــرط ﷺ القبض قبل التفرق .

وعلى ذلك فإذا قبض الدائن العوض في المجلس ، فإنه يصح بيع الدين وتمليكه لانتفاء المانع ، إذ يصدق على ما ذكر أنه تقابض ، لوجود القبض الحقيقي في العوض المدفوع لصاحب الدين ، والحكمي فيما في ذمة المدين ، لأنه كأنه قبضه منه ورده إليه .

وكذلك اشترط جمع من الفقهاء انتفاء بيع الدين بالدين لصحة تمليك الدين لمن هو عليه ، حيث نقل أحمد وابن المنذر وابن رشد و السبكي وغيرهم إجماع أهل العلم على أن بيـــع الـــدين بالدين غير جائز [٢].

١ – أخرجه : أبو داودفي البيوع باب في اقتضاء الذهب من الورق ٣/٦٥٠ برقم (٣٣٥٤)، ونقل البيهقي عن شعبة أنه حكم عليه بالوقف.
٢ – ينظر : تكملة المجموع ١٠/١٠٧، بداية المجتهد ٢/١٦٢،المغني ٤/٥٣ .

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط

من الفروع الفقهية المندرجة تحت هذا الضابط :

١- إذا قال الدائن : ملكتك الدين الذي في ذمتك .

٢- تمليك غرامة المتلف للمدين.

٣- تمليك ثمن الأجرة بعد استيفاء المنفعة للمدين.[١]

١ – ينظر : بدائع الصنائع ١٠٣/٧،المجموع ٢٧٤/٩،المغني ١٣٤/٤ .

المبحث السادس: التمليك يقتضي اختصاصاً بالمحل

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المطلب الأول: صيغ الضابط

"التمليك يقتضي اختصاصاً بالمحل" [١]، ولم أجد بعد التتبع والاستقراء فيما توفر لدي من المصنفات الفقهية حسب الوسع والطاقة صيغاً أخرى حول مضمون هذا الضابط المقصود بالدراسة.

١ – ينظر : موسوعة القواعد الفقهية ٤/٤٨٤ .

المطلب الثاني: معنى الضابط

أفاد هذا الضابط : أن تمليك الشيء من غيره يستلزم أن يكون محل التمليك أو الشيء المراد تمليكه خاصاً بالمملِّك وملكا خالصا له ؛ لأنه لو لم يكن خاصاً بالمملك لا يجوز له تمليك غيره ، وبالتالي يكون العقد باطلاً ؛ لعدم اختصاصه بمحل التمليك .

المطلب الثالث: دليل الضابط

١- قوله تعالى ﴿ ...لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراضٍ منكم ... ﴾[١].

وجه الدلالة : دلت هذه الآية الكريمة على تحريم أكل أموال الناس بالباطل ، وهذا يتناول بعمومه تحريم بيع المشترك بين اثنين ؛ وذلك لكون عقد التمليك جمع حلالاً وحراما فغلب جانب التحريم ، وفي هذا دلالة على أن عقود التمليكات تقتضي اختصاصا بالمحل المراد تمليكه .

٢- عن حكيم ابن حزام رضي الله عنه قال : قلت : يا رسول الله يأتيني الرجل فيسألني عن البيع ليس عندي ما أبيعه منه ، ثم أبتاعه من السوق ، فقال ﷺ : (لا تبع ما ليس عندك)[٢]

وجه الدلالة : دل هذا الحديث على النهي عن بيع ما ليس في ملك الإنسان ، وحينئذٍ يمنع المرء من تمليك ما لا يملكه ملكاً تاماً .

٣- أن من شروط انعقاد التمليك أن يكون محل التمليك مملوكا للمملِّك على وجه الكمال أو يكون وكيلاً عنه.

---

١ – ينظر : سورة النساء آية (٢٩)

٢ – أخرجه : أحمد في المسند ٤٠٢/٣، وأبوداود في البيوع ، باب في الرجل يبيع ماليس عنده برقم ٣٥٠٣.

المطلب الرابع: دراسة الضابط

الملك الشائع أو المشاع : هو الملك المتعلق بجزء نسبي غير معين من مجموع الشيء مهما كان ذلك الجزء كبيراً أو صغيراً .

و ذلك كأن يملك الإنسان جزءاً في أرض و ذلك الجزء غير معين بل مشاع فيها و كأن يملك نصف الدار أو ربع سيارة أو جزءاً من مائة من أرض و هذا ما يسمونه الحصة الشائعة في الشيء المشترك.

إلا أن الفقهاء رحمهم الله قد اختلفوا في جواز بيع المشاع كاملا ، وفيما يلي ذكر الأقوال مع أدلتها اختصارا ؛ لأن المقصود بيان المذاهب التي قررت هذا الضابط :

صورة المسألة : أن يبيع مشتركاً بينه وبين غيره كأرض أو سيارة ونحو ذلك.

القول الأول : أن هذا البيع صحيح ، وبه قال الجمهور من الحنفية [١]، والمالكية [٢]، وهو الصحيح عند الشافعية [٣]، والمذهب عند الحنابلة[٤] .

واستدلوا : بقوله تعالى ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾[٥] .

---

[١] – ينظر : البناية ٦/٤٤١.

[٢] – ينظر : المعيار المعرب ٨/١٢٥.

[٣] – ينظر : روضة الطالبين ٣/٤٢٣-٤٢٤.

[٤] – ينظر : الكافي ٢/٣١-٣٢.

[٥] – ينظر : سورة البقرة ، آية (٢٧٥).

وجه الدلالة : أن هذه الآيات دلت بعمومها على حل كل بيع لا مدخل للربا فيه ، ولا يتضمن أكل أموال الناس بالباطل ، وهذا يتناول هذه الصورة من عقود التمليكات .

نوقش : بأن في هذا البيع أكلا لأموال الناس بالباطل .

يجاب عن هذا : بأن هذا العقد ليس فيه أكل لأموال الناس بالباطل ؛ لأن المشتري إذا لم يرض بتفريق الصفقة عليه فله الخيار بفسخ العقد .

القول الثاني : أن هذا البيع لا يصح في قسطه ولا في قسط غيره ، وهو قول للشافعية [١]، ورواية للحنابلة [٢]، وبه قال الظاهرية [٣].

واستدلوا : بقوله تعالى ﴿ ...لا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجـــارة عن تراضٍ منكم ... ﴾ [٤].

وجه الدلالة : أن المتعاقدين لم يتراضيا ببعض الصفقة دون بعض ، وإنما بجميعها فمن ألزمهما ببعضها دون بعض فقد ألزمهما مالم يتراضيا به حين العقد ، فخالف أمر الله تعالى وحكم بأكل المال بالباطل وهو حرام بنص القرآن .

نوقش : بأن هذا العقد ليس فيه أكل لأموال الناس بالباطل ؛ لأن المشتري إذا لم يرض بتفريق الصفقة عليه فله الخيار بفسخ العقد.

---

١ – ينظر : روضة الطالبين ٣/٤٢٤.

٢ – ينظر : المغني ٤/٢٦١.

٣ – ينظر : المحلى ٩/١٦-١٧

٤ – ينظر : سورة النساء آية (٢٩).

الترجيح : لعل الأظهر والله أعلم رجحان القول الأول ؛ لقوة أدلتهم وسلامتها من المعارض الراجح .

وحينئذٍ فإن الملك الشائع كالمتميز في جواز التصرف به بالبيع و الهبة و المصالحة إلا أنه استثنى ثلاثة عقود فلا يجوز التصرف فيها في الملك المشاع على اختلاف في ذلك ، أذكرها اختصاراً :

(أ) الرهن : و قالوا في سبب استثنائه أن احتباس المال كله يعتبر تجاوزاً على شريكه و الذي يقول بهذا هم الحنفية . أما الجمهور فلا يرون مانعاً من الرهن في هذه الصورة [1] .

(ب) الهبة : و قالوا في سبب استثنائها ، لابد فيها من كمال القبض و التسليم و تمامه و كماله بتمييز المقبوض من غيره ، و هذا الاستثناء من الحنفية ، و أما الأئمة فقالوا بجواز هبة المشاع .

قال في المغني : (و تصح هبة المشاع و به قال مالك و الشافعي ، قال الشافعي : سواء في ذلك ما أمكن قسمته أو لم يكن . و قال أصحاب الرأي : لا تصح هبة المشاع الذي يمكن قسمته . ثم بين أن الحنفية يرون جواز الهبة في الحالة التي لا يمكن فيها قسمة الموهوب [2] .

(ج) الإجارة : و قالوا في السبب إنه لا يستطيع تسليم العين المؤجرة إلا إذا كانت الإجازة للشريك أو أجر الشريكان معاً فلا مانع لزوال المحذور و إمكان التسليم و هذا مذهب الحنفية ، و الجمهور على جوازها لأنه معلوم جاز بيعه فجازت إجارته .

---

1 - ينظر : روضة الطالبين ٤ / ٣٨ ، الكافي ٢ / ١٣٦ .

2 - ينظر : المغني : ٥ / ٦٥٥.

قال ابن قدامة : (لا يجوز إجارة كل عين يمكن أن ينتفع بها منفـــعة مباحة مع بقائه بحكم الأصـــل)[1] .

و للشركاء الانتفاع بالمال المشترك فإذا لم ينفقوا على طريقة الانتفاع و طلب احدهم القسمة أو طلبوها جميعاً و كان المال قابلاً للقسمة قسم بينهم و يجبر الممتنع عليها .

ومن خلال ما تقدم يتبين لنا أن هذا الضابط يتوافق مع ما قرره أصحاب القـــول الثاني ، والله أعلم .

1 - ينظر : المغني ٥ / ٥٤٥.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط

من الفروع الفقهية المندرجة تحت هذا الضابط :

١- رجلان يمتلكان أرضاً أو سيارة ، فباع أحدهما الأرض أو السيارة دون علم شـــريكه ، لم يصح البيع بناءً على هذا الضابط ، ويكون العقد باطلاً ؛ لأن البائع لا يختص بمحل البيع حيث إن له فيه شريكاً و لم يأمره بالبيع ؛ ولأن شرط انعقاد البيع أن يكون المبيع مملوكاً للبائع عند البيع على وجه الكمال .

٢- باع رجل سيارته أو أرضه أو متاعه الذي لا يشاركه فيه غيره من آخر بثمن معلـــوم جاز البيع وصح ؛ لاختصاص البائع بمحل التمليك .[١]

١ – ينظر : موسوعة القواعد الفقهية ٤/٤٨٥_ بتصرف يسير - .

المبحث السابع: القول قول المملِّك في بيان جهة التمليك

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المطلب الأول: صيغ الضابط

- " القول قول المملِّك في بيان جهة التمليك"[١].
- " إذا اختلف الدافع والقابض في الجهة فالقول قول الدافع"[٢].
- " متى اختلف القابض والدافع في الجهة فالقول قول الدافع" [٣].

١ – ينظر : المبسوط ٥/١٤٩.
٢ – ينظر : الأشباه والنظائر للسيوطي ص :٧٦.
٣ – ينظر : روضة الطالبين ٤/١٩٨.

المطلب الثاني: معنى الضابط

أفاد هذا الضابط : أنه متى حصل الاختلاف بين المملِّك والمملَّك في جهة التمليك ، كأن يقول المملِّك : إنما دفعت إليك هذا الشيء على سبيل التمليك بعوض، ويقول المملَّك: إنما هو تمليك بغير عوض ، فمتى حصل الاختلاف في هذه الحالة فالقول قول المملِّك .

المطلب الثالث: دليل الضابط

يمكن التدليل على هذا الضابط من خلال التعليلات التي يذكرها الفقهـــاء رحمهـــم الله في مباحث الاختلاف الحاصل بين المملِّك والمملَّك ، وفيما يلي بيان ذالك :

١ – أن القول قول المملِّك ؛ لأن الأصل عدم خروج ملكه إلا على الوجه الذي قصده [١].

٢ – أن القول قول المملِّك ؛ لأنه أعرف بكيفية بذله لما دفع[٢].

٣ – أن القول قول المملِّك ؛ لأنه هو المعطي، وقد صرح في الإعطاء بالجهة التي أعطى بها المـــال فالقول قوله[٣].

---

١ - ينظر : مواهب الجليل ٥/٩٨ بتصرف يسير.

٢- ينظر : أسنى المطالب ٢/ ١٤١بتصرف يسير .

٣- ينظر : المبسوط ٢٠/٨١ بتصرف يسير.

المطلب الرابع: دراسة الضابط

لقد اتفق الفقهاء من الحنفية[١] والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤] ، أنه إذا اختلف الدافع والقابض في الجهة فالقول قول الدافع.

واستدلوا على ذلك بعدد من الأدلة العقلية ، منها :

١ – أن القول قول المملِّك ؛ لأن الأصل عدم خروج ملكه إلا على الوجه الذي قصده [٥].

٢- أن القول قول المملِّك ؛ لأنه أعرف بكيفية بذله لما دفع[٦].

٣ – أن القول قول المملِّك ؛ لأنه هو المعطي، وقد صرح في الإعطاء بالجهة التي أعطى بها المال فالقول قوله[٧].

١- ينظر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ٤/٥٠٠.

٢- ينظر : الكافي ١/٤٨١.

٣- ينظر : أسنى المطالب ٢/١٤١.

٤- ينظر : كشاف القناع ٢/٢٧٤.

٥ - ينظر : مواهب الجليل ٥/٩٨ بتصرف يسير.

٦- ينظر : أسنى المطالب ٢/ ١٤١بتصرف يسير .

٧- ينظر : المبسوط ٢٠/٨١ بتصرف يسير.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط

من الفروع المندرجة تحت هذا الضابط :

١ – إذا اختلف الدافع والقابض بأن قال الدافع ما دفعته إليك قرض، فقال القابض: إنما هو صدقة، فالقول قول الدافع في كونه قرضاً لأنه أدرى بنيته[١].

٢ – إذا اختلف الدافع والقابض بأن قال الدافع العقد الذي بيننا بيع فقال القابض: العقد الذي بيننا هبة فالقول قول الدافع في أن العقد بيع وليس هبة[٢].

١- ينظر : كشاف القناع ٢٧٤/٢بتصرف.

٢- ينظر : أسنى المطالب ١٤١/٢ بتصرف.

المبحث الثامن: تمليك المعدوم بالتبعية صحيح إذا صرح بدخوله.

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المطلب الأول: صيغ الضابط

- مفهوم قولهم : " الإباحة للمعدوم وتمليكه بطريق الأصالة لا يصح " [١].
- " الإباحة للمعدوم وتمليكه بطريق التبعية إذا صرح بدخول المعدوم ، صحيح " [٢].
- " للشرع أن يجعل المعدوم حقيقةً موجوداً حكماً لحاجة الإنسان "[٣] .

١– ينظر : شرح تحفة أهل الطلب في تجريد قواعد ابن رجب ص٣٥٥-٣٥٦ .

٢– ينظر : المرجع السابق .

٣ – ينظر : موسوعة القواعد الفقهية ٨/٧٣٥.

المطلب الثاني: معنى الضابط

أفاد هذا الضابط : حكم تمليك المعدوم ، وهو : غير الموجود . وعدمه إما أن يكون حقيقة وإما أن يكون حكماً واعتبارا . فمن حِكم الشرع أنه قد يجعل المعدوم حقيقة وفعلا موجوداً حكماً ، فيعطيه أحكاماً شرعية ، أو يبني على هذا الوجود الحكمي أحكاماً شرعية ؛ لحاجة الإنسان وغرضه ونفعه .

وتمليك المعدوم بوقفٍ أو وصية إما أن يكون أصالة أو يكون تبعا ، فإن كان أصالة لم يصح ، وإن كان بطريق التبعية صح إذا صرح بدخوله، وهذا ما تضمنه هذا الضابط .

المطلب الثالث: دليل الضابط

١- استناداً إلى القاعدة المقررة فقهاً : التابع تابع [١].

٢- استناداً إلى القاعدة المقررة فقهاً : يغتفر في التوابع مالا يغتفر في غيرها [٢] .

١ – ينظر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٤٧ مادة : ٤٧.

٢ – ينظر : درر الحكام شرح مجلة الأحكام ١/٤٧ مادة : ٥٤.

المطلب الرابع: دراسة الضابط

يمكن دراسة هذا الضابط من خلال مسألة الوقف على الحمل تباعاً ، وذلك أنه إذا وقف شخص على حمل تبعا لغيره كأن يقف على أولاد زيد وفيهم حمل ففي صحة الوقف عليه خلاف بين الفقهاء – رحمهم الله – على قولين :

القول الأول : صحة الوقف على الحمل تبعا لغيره.وإليه ذهب الحنفية[١] ، والمالكية [٢]، والحنابلة [٣]

واستدلوا : استناداً إلى القاعدة المقررة فقهاً : يغتفر في التوابع مالا يغتفر في غيرها.

القول الثاني : عدم صحة الوقف على الحمل تبعا كما لا يصح الوقف عليه أصالة وبه قال الشافعية [٤] .

واستدلوا : بأنه يشترط لصحة الوقف : إمكان تمليك الموقوف عليه حال الوقف بوجوده في الخارج لأن الوقف تسليط في الحال والحمل لا يملك في الحال .

الترجيح : الذي يظهر لي والله أعلم هو اتفاق القولين من الناحية العملية ؛ لأن الحمل لا يستحق شيئا من غلة الوقف عند القائلين بالصحة إلا بانفصاله ، والشافعية لا يصححون الوقف عليه حال

---

١ - ينظر : فتح القدير ٦/٢٤٤.

٢ - ينظر : الذخيرة ٦/٣٠٢ ٢٠٥ .

٣ - ينظر : الإنصاف ١٦/٣٩٦ ،الإقناع ٣/٦٨ .

٤ - ينظر : نهاية المحتاج ٥/٣٦١.

كونه حملا فقط فلا يستحق شيئا من الغلة أما إذا انفصل فإنه يدخل مع الوقف عليهم حيث شمله الاسم[١] .

يقول الرملي [٢] -رحمة الله - : (ويدخل في الوقف على الأولاد وإنما الخلاف في استحقاقه) [٣] .

وجاء في مغني المحتاج : (ولا على جنين لعدم صحة تملكه وسواء أكان مقصودا أم تابعا حتى لو كان له أولاد وله جنين عند الوقف لم يدخل نعم إن انفصل دخل معهم إلا أن يكون قد سمى الموجودين أو ذكر عددهم فلا يدخل) .[٤]

ويقول المناوي [٥] - رحمه الله - : (ولا حق لحمل عند الوقف .... ويستحق هو ومن حدث علوقه إذا انفصل غلة ما بعد الانفصال) [٦] .

والقول بالصحة ظاهر عند من يجيز الوقف على الحمل أصالة وهم المالكية وأما من يمنع الوقف على الحمل أصالة فيجيز الوقف عليه تبعا عملا بالقاعدة الفقهية : يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها [٧].

وبناءً على ما تقدم نخلص إلى أن هذا الضابط مقرر لدى بعض المذاهب الفقهية كما تقدم آنفاً.

---

١ - ينظر : الحاوي ٥٢٣/٧ .

٢ - هو محمد بن أحمد بن حمزة الرملي المتوفي المصري الأنصاري الملقب بالشافعي الصغير كان فقيه الديار المصرية ولي عدة مدارس ومنصب إفتاء الشافعية وله مصنفات منها : نهاية المحتاج – غاية البيان في شرح زبده الكلام توفي سنة ١٠٠٤ هـ . ينظر : الأعلام ٢٣٥/٦.

٣ - ينظر : نهاية المحتاج ٣٦١/٥ .

٤ - ينظر : مغني المحتاج ٥١٣/٢ .

٥ - هو عبد الرءوف بن تاج العارفين الحدادي المناوي الشافعي عالم مشارك في أنواع من العلوم قال عنه المحي الأمام الكبير الحجة الثبت القدوة صاحب التصانيف السائرة وأجل عصره من غير ارتياب ،من تصانيفه : فيض القدير شرح الجامع الصغير – تيسير الوقوف .توفي سنة ١٠٣١ هـ ينظر : الأعلام ٧٥/٧.

٦ - ينظر : تيسير الوقوف ١١٢/١ .

٧ - ينظر : مجلة الأحكام العدلية مادة ٥٤ – ١/ ٥٠ ، الأشباه والنظائر للسيوطي ص ١٢٠ ، تقرير القواعد وتحرير الفوائد ص ٢٥٦ .

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط

من الفروع المندرجة تحت هذا الضابط :

١- الوقف على الولد وولد الولد أبد ، أو من يولد له[١].

٢- الوصية لولد الولد أو من يولد له .

١ – ينظر : شرح تحفة أهل الطلب في تجريد قواعد ابن رجب ص٣٥٥-٣٥٦ .

المبحث التاسع: تمليك المعدوم بالتبعية صحيح إذا كان المحل يستلزمه ولو لم يصرح بدخوله.

وفيه خمسة مطالب :

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المطلب الأول: صيغ الضابط.

- " الإباحة للمعدوم ، وتمليكه بطريق التبعية ، إن لم يصرح بدخوله ، وكان المحل يسلزمه صحيح " [١]

- مفهوم قولهم : " الإباحة للمعدوم وتمليكه بطريق التبعية ن إن لم يصرح بدخوله وكان المحل لا يستلزمه ، غير صحيح " [٢].

- " يشترط لصحة الوقف أن تكون الجهة الموقوف عليها غير منقطعة " [٣] .

---

١ – ينظر : شرح تحفة أهل الطلب في تجريد قواعد ابن رجب ص: .

٢ – ينظر : المرجع السابق .

٣ – ينظر : الموسوعة الفقهية ٤٤/١٤٦.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

أفاد هذا الضابط : حكماً آخر قريبا من الحكم الذي تضمنه الضابط السابق ، وهو أن المعدم المراد تمليكه بالوقف أو الوصية ، يجوز تمليكه إذا كان المحل يستلزمه ولو لم يصرح بدخوله ، كالوصية لطلاب العلم ونحوهم .فإن من أوصى لطلاب العلم بمالٍ ونحوه فقد دخل في ذلك كل من يصدق عليه وصف : طلب العلم ، من غير اشتراط التصريح بأعيانهم .

المطلب الثالث: دليل الضابط

يمكن الاستدلال على هذا الضابط باتفاق الفقهاء في المذاهب الأربعة رحمهم الله على صحة الوقف إذا كان على جهة لا تنقطع [١].

١ – ينظر : الموسوعة الفقهية ٤٤/١٤٦.

المطلب الرابع: دراسة الضابط

يمكن دراسة هذا الضابط من خلال بحث ما قرره الفقهاء من شروط صحة الموقوف عليه : و هو الجهة التي تنتفع بالموقف سواء أكانت الجهة معينة كشخص معين ، أو كانت غير معينة كالفقراء والمساكين .

ويشترط لصحته شروط فيما يلي ذكرها :

الشرط الأول : كون الموقوف عليه جهة بر وقربة :

يشترط أن تكون الجهة الموقوف عليها جهة بر وقربة سواء أكان الموقوف عليه مسلماً أم ذمياً، لأن الذمي قربة ، ولهذا يجوز التصدق عليه[١] ، وقد روي أن صفية بنت حيي زوج رسول الله ﷺ وقفت على أخ لها يهودي [٢].

الشرط الثاني : أن يكون الموقوف عليه ممن يصح أن يملك :

يشترط الفقهاء أن يكون الموقوف عليه ممن يصح أن يملك ، أي أن يكون أهلاً للتملك حقيقة كزيد والفقراء ، أو حكماً كمسجد ورباط وسبيل ، ولأن الوقف على المساجد ونحوها يعتبر وقفاً على المسلمين ، إلا أنه عُيّن في نفع خاص لهم[٣].

---

١ – ينظر : مغني المحتاج ٢/٣٧٩، والمغني ٥/٦٤٤.

٢- أخرجه : عبدالرزاق في المصنف ٦/٣٣.

٣- ينظر : المغني ٥/٦٤٦.

الشرط الثالث : أن لا يعود الوقف على الواقف :

ويشمل هذا حالتين : الأولى أن يقف على نفسه ، والثانية : أن يشترط الغلة لنفسه .[١]

الشرط الرابع : أن تكون الجهة الموقوف عليها غير منقطة :

الوقف على جهة لا تنقطع كالفقراء والمساجد صحيح باتفاق الفقهاء لكنهم يختلفون فيما إذا كان الوقف على منقطع الابتداء أو الوسط أو الانتهاء [٢].

١ – ينظر : مغني المحتاج ٣٨٠/٢.

٢ – ينظر : المهذب ٤٤٨/١، والمغني ٦٢٢/٥.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

١- الوقف عل الفقراء .

٢- الوقف على طلاب العلم .

٣- الوصية للفقراء .

٤- الوصية الطلاب العلم .

الفصل الثاني: الضوابط المتعلقة بالتمليك الباطل

وفيه أحد عشر مبحثاً :

المبحث الأول: ما حرم استعماله حرم تمليكه.

المبحث الثاني : التمليك من المجهول لا يصح.

المبحث الثالث: تمليك ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز.

المبحث الرابع : التمليك لا يقبل التعليق بالشرط .

المبحث الخامس : عقود التمليكات المحضة لا تصح في مبهم من أعيان متفاوتة.

المبحث السادس : تعليق التمليك بالخطر باطل.

المبحث السابع : الحقوق المفردة عن أعيانها لا تحتمل التمليك.

المبحث الثامن : لا يصح تمليك الدين لغير من عليه الدين.

المبحث التاسع : تمليك العين لا يقبل التوقيت بخلاف تمليك المنفعة.

المبحث العاشر : ما قبض بعقدٍ فاسد لا يصح تمليكه.

المبحث الحادي عشر :لا يصح تمليك المعدوم بطريق الأصالة، ولا تمليك المعدوم بالتبعيـــة إذا كان المحل لا يستلزمه.

المبحث الأول: ما حرم استعماله حرم تمليكه

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المطلب الأول: صيغ الضابط

- " ما حرم استعماله حرم تمليكه "[١].
- " ما حرم أخذه حرم إعطاؤه " [٢].
- " ما حرم على الآخذ أخذه حرم على المعطي إعطاؤه "[٣].
- " ما حرم أخذه حرم كل شيء منه " [٤].
- " أن الله تعالى إذا حرم على أقوام أكل شيء حرم عليهم ثمنه" .
- " إذا حرم الله الانتفاع بشيء حرم الاعتياض عن تلك المنفعة ".

١- ينظر : المنتقى ٢٥٨/٤ ، كشاف القناع للبهوتي ٢٨٣/١ .
٢ – ينظر : الفوائد الجنية ٢٩٦/٢.
٣ – ينظر : المنثور ١٤٠/٣.
٤ – ينظر : موسوعة القواعد الفقهية ١١٦/٩.

المطلب الثاني: معنى الضابط

أفاد هذا الضابط : أن الشيء المحرم الذي لا يجوز للإنسان أن يأخذه و يستفيد منه يحرم عليه أيضاً أن يملكه غيره ، سواء كان ذلك بعوضٍ أم بغير عوض .وكما حُرِّم الأخذ و الإعطاء حرم الأمر بالأخذ ، إذ الحرام لا يجوز فعله و لا الأمر بفعله ، و ذلك الإعطاء تشجيع على أخذ المحرم ، فيكون المعطى شريك الآخذ في الإثم ؛ لأن تمليك غيره عندئذ يكون من قبيل الدعوة إلى المحرم ، أو الإعانة و التشجيع عليه ،وهو محرم بنص القرآن .

المطلب الثالث: دليل الضابط.

١- قول الله سبحانه وتعالى: ﴿ولا تَأكلوا أموالَكُم بينكم بالباطل﴾[١].

وجه الاستدلال: أن ما حرمه الشارع من الأعيان والمنافع يعتبر باطلاً، فتمليكه بعوضٍ أو بغيره يعتبر من باب أكل أموال الناس بالباطل[٢].

٢- قوله سبحانه وتعالى: ﴿ويحل لهم الطيبات ويحرم عليهم الخبائث﴾[٣].

وجه الاستدلال: أن الله سبحانه وتعالى حرم علينا الخبائث، فما كان خبيثاً كان ثمنه خبيثاً، لا يجوز تملكه ، وحينئذٍ لا يحرم تمليكه [٤].

٣- عن أبي مسعود الأنصاري رضي الله عنه: " أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب ومهر البغي وحُلوان الكاهن"[٥].

وجه الاستدلال: أن عمل الكاهن والزنا حرامان، ولذا حرم رسول الله صلى الله عليه وسلم أخذ العوض عليهما [٦].

---

١ - ينظر : سورة البقرة ، آية (١٨٨).

٢- ينظر : كشاف القناع ١٥٢/٢.

٣ - ينظر : سورة الأعراف ، آية (١٥٧) .

٤ - ينظر: شرح معاني الآثار ٥٤/٤ ، المبدع ٥ /٧٤ .

٥ - أخرجه : البخاري في الإجارة ،باب كسب البغي والإماء ٤٦٠/٤برقم (٢٢٣٧) ، ومسلم في المساقاة ١٩٨/٣ برقم(١٥٦٧) .

٦ - ينظر: إحكام الأحكام شرح عمدة الأحكام ص٤٤٥، فتح الباري ٤ /٤٩٨ .

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

لقد اتفق أهل العلم رحمهم الله على ما تضمنه هذا الضابط ، فلا خلاف بينهم ، أن ما حرم الشارع الانتفاع به لا يجوز تمليكه بعوض أو بغيره[١]. وفيما يلي أشير إلى نصوص الفقهاء رحمهم الله التي تقرر هذا الضابط :

(أ) من فقه الحنفية :

قال الكاساني رحمه الله تعالى: (ولا ينعقد بيع الميتة والدم؛ لأنه ليس بمال، وكذلك ذبيحة المجوسي والمرتد والمشرك لأنها ميتة ... ولا ينعقد بيع صيد المحرم محرماً كان البائع أو حلالاً؛ لأنه حرام الانتفاع به شرعاً فلم يكن مالاً) [٢].

(ب) من فقه المالكية:

قال الحطاب [٣]رحمه الله تعالى: (ما كان جميع منافعه محرمة وهو كالذي لا منفعة فيه لا يصح بيعه ولا تملكه إن كان مما نهى الشارع عنه كالخمر والميتة والدم ولحم الخنزير، لأن المعدوم شرعاً كالمعدوم حساً) [٤].

١- ينظر: بدائع الصنائع ٥ /٢١١-٢١٢، مواهب الجليل ٦ /٦٥، مغني المحتاج ٢ /١٦، المغني ٦ /٣٥٩ .

٢- ينظر : بدائع الصنائع ٥ /٢١١ .

٣ – هو محمد بن محمد بن عبدالرحمن الرعيني المعروف بالحطاب ، ولد سنة٩٠٢هـ ، فقيه مالكي من علماء المتصوفين ، أصله من المغرب ، من تصانيفه : مواهب الجليل في شرح مختصر خليل ، وجزءان في اللغة . توفي رحمه الله سنة ٩٥٤هـ .ينظر : الأعلام ٧/٢٨٦.

٤ - ينظر : مواهب الجليل ٦ /٦٤- ٦٥ .

(ج) من فقه الشافعية:

قال الماوردي[١] رحمه الله تعالى: (والثالث -أي من شروط البيع- أن لا يعقداه على أمر منـــهي عنه، يعني بذلك الأعيان المحرمة كالخمر والخنزير وما لا منفعة فيه كالهوام والحشرات) [٢].

(د) من فقه الحنابلة :

قال ابن مفلح[٣] رحمه الله تعالى: (المنفعة المحرمة لا تقابل بالعوض في البيع)[٤].

ومن المقرر شرعاً أنه كما لا يجوز فعل الحرام لا يجوز الإعانة و التشجيع عليه ، قال تعالى ﴿وَتَعَاوَنُواْ عَلَى الْبرِّ وَالتَّقْوَى وَلاَ تَعَاوَنُواْ عَلَى الإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُواْ اللّهَ إِنَّ اللّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ﴾ [٥] .

---

١ – هو علي بن محمد بن حبيب الماوردي ، نسبته إلى بيع ماء الورد ، ولد بالبصرة وانتقل إلى بغداد ، إمام في مذهب الشافعي ، كان حافظا له ، وكانت له المكانة الرفيعة عند الخلفاء وملوك بغداد ، من تصانيفه : الحاوي ، الأحكام السلطانية ،. توفي رحمه الله سنة ٤٥٠ ببغداد .ينظر :الأعلام ١٤٦/٥.

٢ - ينظر : الحاوي ٥ /١٣٠

٣ – هو ابراهيم بن محمد بن عبدالله بن محمد بن مفلح ، برهان الدين أبو إسحاق . من أهل قرية (رامين) من أعمال نابلس ، دمشقي المنشأ والوفاة ، فقيه أصولي حنبلي ، من تصانيفه : المبدع ، والمقصد الأرشد في ترجمة أصحاب الإمام أحمد .ينظر :الضوء اللامع ١٥٢/١.

٤ - ينظر : المبدع ٥ /٧٤٠

٥ - ينظر : سورة المائدة ، آية (٢) .

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

من الفروع المندرجة تحت هذا الضابط :

١- كما يحرم تملك الربا يحرم تمليكه .

٢- وكذلك الرشوة يحرم تملكها وتمليكها .

٣- و كذلك : حلوان الكاهن ، و أجرة المغني و الزامر ، و النائحة و الواشمة و مهر البغي ، و نحو ذلك يحرم تملكها وتمليكها.

المبحث الثاني : التمليك من المجهول لا يصح

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المطلب الأول: صيغ الضابط.

- "التمليك من المجهول لا يصح "[١].
- " التمليك من المجهول باطل "[٢].
- " لا يصح البيع إلا بتعيين المبِّعين " [٣].

١- ينظر : المبسوط للسرخسي ، قواعد ابن رجب ق ١٠٦ .

٢- ينظر : موسوعة القواعد الفقهية .

٣ – ينظر : بدائع الصنائع ٢/٢٢٩ .

المطلب الثاني: معنى الضابط

أفاد هذا الضابط حكماً من أحكام التمليك ، ذلك أنه قد سبق بيان معنى التمليك وأنه تسليط على التصرف ، ولكن للتمليك شروط منها : أن يكون المملِّك معلوما ؛ لأنه يترتب على التمليك أحكام بأسبابه ، فإذا كان المملِّك أو المملَّك مجهولا فلا يمكن ترتيب حكم التمليك حينئذٍ[١].

١ – ينظر : موسوعة القواعد الفقهية ٤/٤٨٢.

المطلب الثالث: دليل الضابط

١- أن صيغة عقد التمليك أيا كان نوعه ، لابد أن يصدر من عاقدين ، أو واحدٍ متولٍ طرفي العقد كولي يتيمين .

٢- أن تعيين كل من طرفي عقد التمليك للآخر وسيلة إلى من التعاقد مع مجهول ؛ لأن المجهول يحتمل كونه غير مالكٍ أصلا ، أو غير مأذون له فيه ، أو ليس أهلاً للتعاقد . [١]

١ – ينظر : فتح القدير ٦/٢٤٨..

المطلب الرابع: دراسة الضابط

لقد قرر الفقهاء رحمهم الله أنه لا يصح البيع إلا بتعيين البيِّعين ؛ لأن صيغة البيع لا بد أن تصدر من عاقدين أو واحد متول طرفي العقد كولي يتيمين يبيع لكل منهما على الآخر [١]؛ ولأن تعيين كل من البيِّعين للآخر وسيلة إلى منع التعاقد مع مجهول ، لأن المجهول يحتمل كونه غير مالك للمبيع كسارق وغاصب ، أو غير مأذون له في البيع كفضولي ، أو ليس أهلاً للتعاقد كمجنون وصبي غير مميز ، أو ممن لا تباع عليه بعض الأشياء كمن يتخذ العنب خمراً فلا يباع عليه العنب ، أو محجور عليه لفلس أو سفه ، فالتعاقد بالبيع مع هؤلاء يعرضه لعدم الصحة أو عدم النفاذ في الحال [٢]، واتجه الرحيباني [٣] في تعيين البيِّعين إلى استثناء الشراء في غيبة مالك الأشياء اليسيرة عرفاً المعلوم ثمنها ، فقال: (ويتجه صحة وضع الثمن وأخذ المثمن في غيبة المالك في مبيع يسير عرفاً كحزم البقل ونحوها مما هو معلوم ثمنه ، بخلاف مبيعٍ له شأن فلا بد من حضور مالكه أو وكيله) [٤].

---

١ – ينظر : كشاف القناع ١٤٦/٣.

٢- ينظر : مطالب أولي النهى ٤/٣-١٠.

٣- هو مصطفى بن سعد السيوطي الرحيباني ، ولد في الرحيبة بدمشق سنة ١١٦٥هـ مفتي الحنابلة بها في عصره ، من تصانيفه : غاية المنتهى في الجمع بين الإقناع والمنتهى ، وشرحه في مطالب أولي النهى . توفي رحمه الله سنة ١٢٤٣هـ .

٤ - ينظر : مطالب أولي النهى ٩/٣ .

ويتم تعيين طرفي عقد التمليك قبل العقد بثلاثة أمور :

الأمر الأول : العلم السابق لكل منهما بالآخر في ذاته ، وشروط أهليته للتعاقد .

الأمر الثاني : وجود البينة من شهود أو وثائق تدل على أنه مالك المعقود عليه أو نائبه وأنه أهل للتعاقد : لخلوه مما يعارض ذلك مما لا بد منه في العاقد [١] .

الأمر الثالث : استصحاب الأصل عند عدم العلم السابق أو البينة بذلك . فتعيين ملكية البائع للمعقود عليه ، يكفي وجوده تحت يده كما هو الحال في أصحاب المحلات التجارية : فإن المشتري لا يعلم أن الموجود في المحل هو المالك أو نائبه أو غيرهما ، لكن وجوده في المحل دون معارض له يكفي في كونه مالكاً له أو نائباً عن مالكه [٢].

وأما أهلية المملِّك للتعاقد وأنه ممن يباح بيع كل شئ عليه ونحو ذلك مما لا بد منه في عقود التمليك ، فيكفي الظن الغالب بالأمارات الظاهرة ، وإن حصل شك في ذلك كُره البيع حتى يتضح الحال [٣] .

---

١ – ينظر : المنثور في القواعد ١/١٦٩-١٧٠.

٢ – ينظر : المرجع السابق ، ومجموع فتاوى ابن تيمية ٢٩/٣٢٣.

٣ – ينظر : مغني المحتاج ٢/٣٧-٣٨.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط

من الفروع المندرجة تحت هذا الضابط :

١- إذا باع لغير معين ، كما لو قال : بعت هذه السيارة لأحدكم ، لا يصح ؛ لجهالة المشتري .

٢- ورود عقد النكاح على اسمٍ لا يتميز مسماه ، لا يصح ، كما لو قال : زوجتك بنتي وله بنات .

٣- لا يجوز عند بعض أهل العلم التقاط ما ينثر في العرس من ريالات ونحوها ؛ لأنه تمليك من مجهول [١].

١ – ينظر : موسوعة القواعد الفقهية ٤/٤٨٢ .

المبحث الثالث: تمليك ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المطلب الأول: صيغ الضابط.

- " تمليك ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز" [١].
- " بيع ما لا يقدر على تسليمه باطل " 2 .
- " ما تعذر تسليمه لم يجز بيعه " 3.
- " من شروط المبيع إمكان تسليمه " 4.

١- ينظر : موسوعة القواعد والضوابط الفقهية الحاكمة للمعاملات المالية في الفقه الإسلامي ٥٠٧/٣ نقلا عن مجموعة الأصول ٦٤ .
2 - ينظر : الحاوي ٦ / ٢٦٧ .
3 - ينظر : المرجع السابق ٦ / ٤٠١ .
4- ينظر : مغني المحتاج ١٢/٢ .

المطلب الثاني: معنى الضابط.

أفاد هذا الضابط : بيان حكم تمليك الشيء الذي لا يتمكن المملِّك منه ولا من السيطرة عليه ويضعف طلبه وإدراكه ولا يستطيع إعطاءه لغيره ، ولا يتمكن المملَّك من قبضه وهذا الحكم هو: البطلان فيأثم فاعله ولا يترتب عليه أثره.

فأي شيء في هذا الوجود يتعذر تسليمه ، فتمليكه بيعٍ ونحوه باطل وهذا الحكم متفق عليه عند المذاهب الأربعة . والقدرة هي : التمكن من الشيء وأن تكون لدى الإنسان قوة وطاقة للسيطرة عليه وتسليمه للمملَّك .

المطلب الثالث: دليل الضابط.

١- عن أبي هريرة قال (نهى رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة وعن بيع الغرر)[١] .

وجه الاستدلال : دل الحديث بمنطوقه على النهي وذلك بإيراد لفظ (نهي) والنهي يفيد التحريم ما لم ترد قرينة تصرفه من التحريم إلى الكراهة ، وفي هذا دلالة ظاهرة على تحريم تمليك ما لا يقدر على تسليمه.

٢- أن القصد من عقود التمليك التسليط على التصرف ، ولا يمكن ذلك فيما لا يقدر على تسليمه ، [٢] فثمرة التمليك : التصرف في محل التمليك فإذا تعذر تسليمه فلا يمكن التصرف فيه فيفقد ذلك ثمرته .

---

[١]- أخرجه : مسلم في كتاب البيوع ، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر برقم (١٥١٣) .

[٢]- ينظر : الكافي ٢/٨ .

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

لقد اتفق أهل العلم رحمهم الله على ما تضمنه هذا الضابط ، فلا خلاف بينهم ، أن ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز تمليكه ، وفيما يلي أشير إلى نصوص الفقهاء رحمهم الله التي تقرر هذا الضابط :

(أ) من فقه الحنفية :

قال الكاساني: (من شرائط الانعقاد أن يكون المبيع مقدور التسليم عند العقد) [١].

(ب) من فقه المالكية :

قال ابن رشد [٢]: (الغرر ينتفي عن الشيء بأن يكون مقدورا على تسليمه وذلك في الطرفين في الثمن والمثمن)[٣].

(ج) من فقه الشافعية :

قال الماوردي : (ما تعذر تسليمه لم يجز بيعه)[٤].

---

١ - ينظر : بدائع الصنائع ٦ / ٥٣٣-٥٦٩ .

٢ - هو محمد بن أحمد بن محمد بن رشد ، أبو الوليد ، فقيه مالكي ، فيلسوف ، طبيب ، من أهل الأندلس ، ولد سنة ٥٢٠هـ ، اتهم بالزندقة والإلحاد فنفي إلى مراكش ، من تصانيفه : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، وتهافت التهافت في الفلسفة . توفي سنة ٥٩٥هـ . ينظر : الأعلام : ٢١٣/٦.

٣ – ينظر : بداية المجتهد ١٢٩/٢.

٤ – ينظر : الحاوي ٤٠١/٦.

(د) من فقه الحنابلة :

قال ابن قدامة : (ولا يجوز بيع ما لا يقدر على تسليمه كالطير في الهواء والسمك في الماء)[١].

إذا تقرر هذا ، فثمّ ضوابط لغير مقدور التسليم أو ما يتعذر تسليمه ذكرها الفقهاء رحمهم الله ، يحسن ذكرها في هذا المقام ؛ لدعاء الحاجة إليها ، ومن هذه الضوابط ما يلي :

١- كل شيء ضال أو ضائع كالجمل الشارد الذي لا يعرف مكانه.

٢ – الجهالة المفضية إلى المنازعة ، تمنع التسليم والتسلم كجهالة القدر والصفة والواجب التسليم في العقد وكذلك جهالة وقت التسليم[٢] .

٣ – أن تتوحش ، البهائم كالإبل والبقر و لم يقدر عليها إلا بعسر ، وبالتالي يتعذر تسليمها .

٤ – الشيء المغصوب ، إذا كان يباع لغير غاصبه.

٥ – الشيء المرهون ؛ لأن الراهن عاجز عن التسليم فإن حق المرتهن في حبس المرهـــون لازم ، ولابد عند البيع من أذن المرتهن .

٦ – أن يسبب التسليم ضررا للبائع.

١- ينظر : الكافي ٢/ ٨ .

٢ - ينظر : الإنصاف ٤/٢٨٢ .

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط

من الفروع المندرجة تحت هذا الضابط :

١- بيع الطير في الهواء والسمك في الماء.

٢- بيع اللبن في الضرع.

٣- إجارة عين مغصوبة.

٤- هبة بضاعة نفدت .

المبحث الرابع : التمليك لا يقبل التعليق بالشرط الفاسد

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المطلب الأول: صيغ الضابط.

- " التمليك لا يقبل التعليق بالشرط " [١].
- " التعليق مشروع في الإسقاطات المحضة لا في التمليكات " [٢].
- " عقود المعاوضات لا تحتمل التعليق بالشرط "[٣].
- " تعليق التمليكات والتقييدات بالشرط باطل " [٤].

١- ينظر : المبسوط ١٥٢/٢٠ .
٢- ينظر : الموسوعة الفقهية ١٦٥/١.
٣ – ينظر : المبسوط ٤٠/١٣.
٤ – ينظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص : ٣٦٧.

المطلب الثاني: معنى الضابط

أفاد هذا الضابط : أن عقود التمليكات التي يقصد منها المعاوضة ، لا تقبل التعليق بالشرط ؛ لأن تعليقها بالشرط يجعلها غير منجزة وغير نافذة ، والأصل فيها النفاذ بمجرد صدور الإيجاب والقبول .

المطلب الثالث: دليل الضابط.

١- إن التصرفات الموجبة لانتقال الأملاك لابدّ فيها من الجزم ؛ لأنها تعتمد على الرضا ، والرضا إنما يكون مع الجزم والتعليق ينافي الجزم .[١]

٢- إن مقتضى العقود ، ومنها عقود التمليك : اللزوم ، وتعليق التمليك بالشرط ينافي هذا الأصل .[٢]

---

١ – ينظر : الفروق ٢٢٩/١

٢ – ينظر : موسوعة القواعد الفقهية ٤٣٠/٦- بتصرف -.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

إن تصرفات الشخص في الشريعة متنوعة ؛ فأحيانا تكون مطلقة بلا قيد ولا شرط ، وأحيانا يقيد الشخص تصرفه بشرط معين يُلزم به الآخرين ، وأحيانا يعلق تصرفه بحصول أمرٍ آخر .

فإن كان كلامه مطلقاً فإنه يقع مباشرة ، وإن قيده بشرط فإنه يقع مباشرة إذا رضي الطرف الآخر بالتزامه بالشرط ، وإن كان كلامه معلقاً على شرط ، فإنه لا يقع حالاً بل يتأخر حصول الأمر إلى زمن وقوع الشرط ، وليس كل تصرفٍ يصح قبول الشرط فيه أو قبول التعليق عليه ؛ لأن الأفعال تتنوع إلى أربعة أنواع قبولها الشرط أو التعليق عليه :

النوع الأول : ما يصح تعليقه بمطلق الشرط ، ملائماً أو غير ملائم ، و هي الإسقاطات المحضة التي يحلف بها ، كالطلاق و العتاق ، فإن كلاً منها يصح تعليقه بالشرط مطلقاً ملائماً كان كقوله لزوجته : إن أسأت إليّ فأنت طالق ، أو غير ملائم ، كما إذا علق طلاقها بدخول الدار مثلاً ، فإن المعلق في كل ذلك يثبت عند ثبوت الشرط .

النوع الثاني : لا يقبل الشرط ولا التعليق عليه وهو : الإيمان بالله عز وجل والدخول في الإسلام، فإن قال : أسلمت على أن لا أصلي صح إسلامه ، ولكن يسقط شرطه الذي قرن به إسلامه ، وإن قال : إن لم أسدد الدين لك في وقت كذا فأنا مسلم ، ونحو ذلك من الشروط التي يعلق عليها ، لا يلزم إسلامه إذا وجد ذلك الشرط بل يبقى على كفره .

النوع الثالث : يقبل الشرط دون التعليق عليه ، مثل عقد الإجارة والبيع ونحوهما ، وهو الذي أشار إليه الضابط محل الدراسة .[١]

---

١ – ينظر : الفروق ٢٢٨/١ وما بعدها – بتصرف -.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

من الفروع المندرجة تحت هذا الضابط :

١- أن يقول المملِّك : أبيعك هذا الدار إذا هلّ الهلال .

٢- أو يقول : أبيعك إذا رضي شريكي .

٣- أو يقول : إن كان أبي قد مات فقد زوجتك هذه المرأة ، وكان قد مات .[١]

١ – ينظر : موسوعة القواعد الفقهية ٦/٤٣١.

المبحث الخامس : عقود التمليكات المحضة لا تصح في مبهم من أعيان متفاوتة

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المطلب الأول: صيغ الضابط.

- " عقود التمليكات المحضة لا تصح في مبهم من أعيان متفاوتة " [١].
- " جهالة المعقود عليه تمنع جواز العقد " [٢].
- " بيع ما لا يراه المتعاقدان باطل " .[٣]
- " البيع في المجهول لا يصح أبداً "[٤].

١- ينظر: تقرير القواعد وتحرير الفوائد ٤١٨/٢ ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٣٠٢/٤ .
٢ – ينظر : المبسوط ١٣/١٢.
٣ – ينظر : الاعتناء في الفرق والاستثناء ٤٤٠/١ .
٤ – ينظر : المبسوط ١٣/١٢.

المطلب الثاني: معنى الضابط

أفاد هذا الضابط أن عقود التمليكات يجب أن تكون على شيءٍ معلـــوم . لكـــن إذا وُجد في المعقود عليه جهالة فلا تخلو : إما أن تؤدي هذه الجهالة إلى المنازعة والخـــصام بـــين المتعاقدين ، وإما أن لا تؤدي إليها.

- فإذا كانت الجهالة تؤدي إلى المنازعة فالعقد باطل ، وهذا منطوق الضابط .
- وأما إذا كانت الجهالة يسيرة لا تفضي إلى المنازعة فإن العقد صحيح ، وهـــذا مفهـــوم الضابط .

وبناءً عليه فإن عقود التمليكات المالية إذا وقعت على مبهمٍ من أعيان متفاوتـــة بطـــل العقد؛ لإفضائه إلى الجهالة المؤدية إلى التراع [١].

١- ينظر : موسوعة القواعد الفقهية ٧/٣٧٧.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

١- عن أبي سعيد الخدري رضي الله عنه قال : " نهانا رسول الله ﷺ عن بيعتين ولبستين ، نهى عن الملامسة والمنابذة في البيع .." الحديث[١].

وجه الدلالة : يدل الحديث بمنطوقه على تحريم بيع الملامسة والمنابذة ، والنهي المجرد يفيد التحريم ، وعلة النهي في ذلك هي جهالة المبيع جهالةً فاحشة تفضي إلى المنازعة ، وفي هذا دلالة ظاهرة على عدم صحة عقود التمليكات في المبهم من أعيان متفاوتة .

٢- إن الرضا شرط لصحة عقد التمليك ، والرضا لا يتعلق إلا بالمعلوم .

---

١ - سبق تخريجه ص: ٧١ .

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

لقد اتفق أهل العلم رحمهم الله على ما تضمنه هذا الضابط ، فلا خلاف بينهم ، أنه لا يجوز تمليك المبهم إذا كان من أعيان متفاوتة ، وفيما يلي أشير إلى نصـــوص الفقهاء رحمهم الله التي تقرر هذا الضابط :

(أ) من فقه الحنفية :

قال السرخسي : (البيع في المجهول لا يصح أبداً) [١].

وقال في موضع آخر : (جهالة المعقود عليه تمنع جواز العقد)[٢].

(ب) من فقه المالكية :

قال الدسوقي[٣] : (وشُرط عدم جهل منهما أو من أحدهما بمثمون)[٤] .

(ج) من فقه الشافعية :

قال النووي : (من شروط المبيع العلم به)[٥].

(د) من فقه الحنابلة :

قال ابن قدامة (من شروط البيع أن يكون المبيع معلوماً)[٦].

١- ينظر : المبسوط ٦/٥٧.

٢- ينظر : المرجع السابق.

٣- هو محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي ، فقيه مالكي من علماء العربية والفقه ، من أهل دَسوق بمصر ، تعلم وأقام وتوفي بمصر ، ودرس بالأزهر ، من تصانيفه : حاشية على الشرح الكبير على مختصر خليل . توفي رحمه الله سنة ١٢٣٠هـــ . ينظر : الأعلام ٦/٢٤٢.

٤- ينظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤/ ٢٣.

٥- ينظر : مغني المحتاج ٢/١٦.

٦ - ينظر : المقنع ٢/ ٧-١.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط

من الفروع المندرجة تحت هذا الضابط :

١- بيع شاة من القطيع .[١]

٢- بيع سيارة من مجموع سيارات مختلفة النوع والموديل [٢].

٣- بيع نخلة مبهمة من بستان متفاوت نخله في النوع والأوصاف [٣].

١- ينظر : القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية ، ص٢٠٥.

٢- ينظر : شرح تحفة أهل الطلب في تجريد أصول قواعد ابن رجب ، ص٣٤٩.

٣ – ينظر : المرجع السابق ، ص :٣٤٩.

المبحث السادس : تعليق التمليك بالخطر باطل

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المطلب الأول: صيغ الضابط

- "تعليق التمليك بالخطر باطل"[١].
- "تعليق الأملاك بالأخطار باطل "[٢].
- " لا ينعقد بيع المعدوم وماله خطر العدم "[٣].

١-ينظر : المغني ٥/٦٩٠.
٢- ينظر : موسوعة القواعد الفقهية ٤/٣٩٤.
٣ – ينظر : بدائع الصنائع ٦/٥٤٢.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

الغرر والخطر : هو ما انطوى عنه أمره ، و خفي عليه عاقبته [١] .

و هو ثلاثة أقسام :

١- ما أجمع الناس على منعه ، كالطير في الهواء .

٢- ما أجمع الناس على جوازه كأساس الدار .

٣- مختلف فيه كالبيع على الصفة ، فهو غرر تدعو الضرورة إليه [٢] و يسمى الأول الغرر الفاحش و يُسمى الثاني الغرر اليسير و يُسمى الثالث الغرر المتوسط ، و يختلف الحكم باختلافهما .

إذا تقرر هذا فقد أفاد الضابط محل الدراسة ؛ حكماً من أحكام التمليك الباطل : وهو أن تمليك الأعيان المعدومة يتبع الغرر ، فإذا انعدم الغرر ، أو كان الغرر يسيراً صح البيع ، و إذا كان الغرر فاحشاً بطل البيع وبناءٍ عليه فإنه إذا تحققت ضوابط المعدوم الذي ينطوي على غرر فاحش فإن التمليك يبطل ، فلا يجوز تمليك الأعيان التي لم تخلق و لم تصنع ، و كذلك المسمى الذي اختلف جنسه تماماً ، و المسمى الذي اختلف جنسه عن المشار إليه و صعب التمييز بينهما ، و هلاك المبيع قبل العقد و عنده ، و المعدوم عرفاً ، كل ذلك يحرم تمليكه ، فيأثم العاقدان ، و لا تترتب على هذا العقد آثاره من تسليم للمشتري و تسليم الثمن للبائع .

---

1 - ينظر : المهذب ٩ /٢٧٥ .

2 - ينظر : الذخيرة ٥ /١٩١ - ١٩٢ .

والمعنى المشترك بين كل المذكورات السابقة هو أنها معدومة تنطوي على غرر فاحش و قد جاء الشرع بجواز بيع المعدوم في بعض الحالات ، كما في السلم [١] ، و الاستصناع [٢] و نحوه ، مما يدل على أن العلة هي الغرر ، فهو عدم يؤدي إلى الغرر و سببٌ له.

1 - السلم : هو شراء بعاجل ، وهو بيع مضمون في الذمة .

2 - الاستصناع : هو عقد على مبيع في الذمة شرط فيه العمل ، كأن يقول إنسان لآخر : اعمل لي آنية من نحاس ، بثمن كذا ، و يبين نوع ما يعمل و قدره و صفته ، فيقول الصانع : نعم . ينظر في موضوع السلم و الاستصناع : بدائع الصنائع ٥ / ٨٤- ٨٧، المقنع ٢/ ٨٦- ٩٨.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

١- عن أبي هريرة قال : (نهي رسول الله ﷺ عن بيع الحصاة [1]وعن بيع الغرر[2]) .

وجه الاستدلال : إن منطوق الحديث يدل على النهي عن بيع حبل الحبلة وقد بيّنه أهل اللغة بقولهم : هو نتاج النتاج أي حمل ولد الناقة مثلا ، وهو عند العقد معدوم فكان نهياً عن بيع المعدوم والنهي يفيد التحريم ما لم ترد قرينه تصرفه من التحريم إلى الكراهة ولا توجد قرينه ، وهذا المنع ؛ لأن المعدوم مجهول وغير مملوك وغير مقدور على تسليمه وينطوي على **غرر فاحش** فلا ينعقد بيعه وبالتالي فإن علة بيع المعدوم هي الغرر الفاحش .

٢- عن ابن عباس رضي الله عنهما : (أن رسول الله ﷺ نهي عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبلة) [3] .

والمضامين : ما في أصلاب الفحول وهي الإبل ، والملاقيح ما في بطون الإناث.

وجه الاستدلال : إن منطوق الحديث يدل على النهي عن بيع هذه الأشياء والنهي يفيد التحريم والمعنى الذي يجمع هذه المنهيات : هو الغرر وليس العدم فقد تكون المضامين والملاقيح موجودة

1- بيع الحصاة : هو أن يقول : بعتك من هذه الأثواب ما وقعت عليه الحصاة التي أرميها وهو أحد التأويلات ، ينظر : شرح صحيح مسلم ١٥٦/١٠ .

2- الغرر : ما يكون مستور العاقبة كاللبن في الضرع ، ينظر : المبسوط ٢٣٤/١٢ ، وقيل : الغرر هو مجهول العاقبة ، ينظر : مجموع فتاوى شيخ الإسلام ١٦/٢٩ .

3- أخرجه : الطبراني المعجم الكبير ٢٣٠/١١، ورواه مالك في الموطأ مرسلا ٦٥٤/٢ ، وقال ابن حجر: رواه مالك في الموطأ مرسلا وأخرجه عبد الرازق عن ابن عمر وإسناده قوي ، ينظر : تلخيص الحبير ٢٩/٣-٣٠ .

وهي غالبا كذلك فما في أصلاب الفحول – وهي الذكور من النعم – موجود وهو ماءها ويمكن أخذه اليوم بطرق علمية وتلقيح بويضات الإناث به ، وما في بطون الإناث من بويضات ملقحة موجود غالبا ولكن حبل الحبلة وهو ما يحمل ولد الناقة ونحوها معدوم عند العقد .

وبناءً عليه فإن علة النهي عن بيع ما في أصلاب الفحول من الماء هي الغرر وليس العدم فهو في الغالب موجود ولكنه قد يخرج أو لا يخرج وهو مجهول وغير مقدور على تسليمه وكذلك علة النهي عن بيع ما في أرحام الإناث وأما علة النهي عن بيع حبل الحبلة فهو الغرر بسبب العدم فهي معدومة عند العقد .

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

لقد اتفق أهل العلم رحمهم الله على ما تضمنه هذا الضابط ، فلا خلاف بينهم ، أنه لا يجوز تمليك ما انطوى على غرر فاحش ، وفيما يلي أشير إلى نصـــوص الفقهاء رحمهم الله التي تقرر هـــذا الضابط :

(أ) من فقه الحنفية :

قال الكاساني رحمه الله: (لا ينعقد بيع المعدوم و ماله خطر العدم)[1] .

(ب) من فقه المالكية :

قال ابن رشد رحمه الله : (الغرر ينتفي عن الشيء بأن يكون معلوم الوجود)[2] .

(ج) من فقه الشافعية :

قال النووي رحمه الله: (بيع المعدوم باطل) [3] .

(د) من فقه الحنابلة :

قال ابن قدامة رحمه الله: (بيع المعدوم بيع غرر) [4] .

---

1 - ينظر : بدائع الصنائع ٦ / ٥٤٢ .
2 - ينظر : بداية المجتهد ٢ / ١٢٩.
3 - ينظر : المجموع ٩ / ٢٥٧.
4 - ينظر : الكافي ٢ / ٨ .

إذا تقرر هذا ، فثمّ ضوابط للمعدوم الذي ينطوي على غرر فاحش ، يحسن ذكرها في هذا السياق ؛ لدعاء الحاجة إليها ، وهي على النحو التالي :

١- كلُ ما لم يُخلق فهو معدوم ، فغير المخلوق لم يظهر للوجود و لا للواقع المحسوس ، ومثال ذلك : الثمار قبل أن تخلق [1] ،و هذا هو المعدوم حقيقة ، فالتين و العنب و اللوز و المشمش و نحوها إذا لم تظهر هذه الثمار للوجود ،و تُرى فهي معدومة و لو كانت أزهاراً ، و يُضاف إليه المعدوم عرفاً.

٢- كلُ ما لم يصنع فهو معدوم ، و إن كانت مادته الخام موجودة ، كالملابس و المأكولات و المشروبات و نحوها ، فالملابس مثلاً قبل أن تُصنع معدومة ، و إن كانت المادة الخام و هي القماش موجودة ، وهكذا في كل ما تدخله يد البشر للتصنيع .

٣- إذا اختلف الجنس فإن المسمى معدوم [2].

و مثال ذلك : إذا كان المطلوب ثوب صوف إنجليزي ، فوجده ثوب قطن مصري ، فإن المسمى و هو المطلوب و هو ثوب الصوف الإنجليزي معدوم ؛ لأن الاختلاف حصل في جنس المطلوب ، فكانا جنسين مختلفين .

٤- إذا سمى شيئاً و المشار إليه شيء أخر ، فإن المسمى معدوم [3].

٥- إذا هلك المبيع ، فهو معدوم ، و يكون الهلاك قبل التعاقد و بعده .

---

1 - ينظر : بدية المجتهد ٢ / ١١٢.

2 - ينظر : المبسوط ١٣ / ١٥ .

3 - ينظر : المرجع السابق١٣ /١٥.

وقد وضعوا الفقهاء رحمهم الله - في منع بيع المعدوم وما ينطوي على غرر- شروطاً لبطلان تمليك المعدوم [١] و هي :

١- أن يكون المبيع من الأعيان ، فإنه يجوز العقد على المنافع و هي معدومة ، بل لا يتم العقد عليها إلا و هي معدومة ، كما في الإجارات .

٢- أن لا تتوفر فيه شروط السلم و الاستصناع فإذا توفرت شروطهما كان البيع سلماً و استصناعاً جائزين شرعاً . بالرغم من أنه عقد على معدوم لكنه ممكن الوجود .

٣- أن ينطوي هذا المعدوم على غرر فاحش بحيث يكن مجهولاً جهالة مفضية إلى المنازعة و لا يقدر على تسليمه و لا يكون مملوكاً و نحوه .

٤- أن لا تدعو الحاجة أو الضرورة إليه ، فإذا دعت الحاجة أو الضرورة فإن بيع المعدوم يشرع حتى لو كان في غرر يسير

٥- أن يكون المعدوم منفرداً أصلاً و ليس تبعاً لموجود كثمار لم تخلق بعد ، مع عدم وجود ثمار ظاهرة.

---

١ – ينظر : القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية ، ص١٢٧- بتصرف يسير- .

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط

من الفروع المندرجة تحت هذا الضابط :

١- بيع ولد ولد الناقة .[١]

٢- بيع الدقيق في الحنطة ، والزيت في الزيتون .[٢]

٣- تمليك الثمرة التي لم تُخلق .

١- ينظر: بدائع الصنائع ٥٤٢/٦.

٢- ينظر : المبسوط ١٥/٣.

المبحث السابع : الحقوق المفردة عن أعيانها لا تحتمل التمليك

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المطلب الأول: صيغ الضابط.

- " الحقوق المفردة لا تحتمل التمليك "[١].
- " بيع مجرد الحق باطل " [٢].
- " بيع الحقوق لا يجوز بانفراد "[٣].
- " الحقوق المجردة لا يجوز الاعتياض عنها "[٤].
- " لا يستحق العوض عن الحق الذي ليس بمتقوم "[٥].

١- ينظر : بدائع الصنائع ٦/١٩٠ .

٢- ينظر : المبسوط ٢٣/١٨٠.

٣ – ينظر : شرح خاتمة مجامع الحقائق ص:٢٥.

٤ – ينظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص:٢١٢ .

٥- ينظر : المبسوط ١٤/١١٨.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

الحق : هو الثابت الذي لا يسوغ إنكاره ، من حق الشيء إذا ثبت ، فالعين أصل في عقـــود التمليكات والحق تابع له .

إذا علم هذا فقد أفاد الضابط محل الدراسة : عدم صحة تمليـــك الحقوق المجردة عن أعيانها ، وبالتالي لا يجوز الاعتياض عنها .وذلك أن الحقوق نوعان :

النوع الأول : حقوق متقومة ، وهذه يجوز الاعتياض عنها ، كحقوق الملكية الفكرية ونحوها .

النوع الثاني : حقوق غير متقومة ، وهذه لا يجوز تمليكها ولا الاعتياض عنها _ عند مـــن يـــرى عدم جواز ذلك ؛ لكونها ليس لها قيمة مالية .

المطلب الثالث: دليل الضابط.

١- حديث : أن النبي ﷺ قال :(المسلمون شركاء في ثلاثة : الكلأ ، والماء ، والنار) [١] .

وجه الاستدلال : أن النبي صلى الله عليه وسلم بين أن الناس شركاء في الماء ، فلا يجوز بيع حق الشرب ؛ لأنه ماء مشترك صاحبه أولى به فإذا استغنى عنه دفعه لغيره .وفي هذا دلالة على أن الحقوق المجردة كحق الشرب ونحوها لا تقبل التمليك بعوض .

٢- أن الحقوق المجردة لا تجوز المعاوضة عنها ؛ لأنها ليست أموالا متقومة ، ولهذا لا تُضمن بالإتلاف [٢].

---

١ – أخرجه : أحمد في مسنده ٣٦٤/٥ ، وأبوداود في سننه في البيوع ، باب في منع الماء ٣٠٠/٢، كلاهما عن رجل من أصحاب النبي ﷺ ، والحديث قال عنه ابن حجر : رجاله ثقات . ينظر: بلوغ المرام ص١٩٠.

٢- ينظر : بدائع الصنائع ١٩٠/٦.

المطلب الرابع: دراسة الضابط

لقد بحث الفقهاء مسألة الاعتياض عن الحقوق المجردة ، وذكروا أن المعاوضة عن حقوق الارتفاق : إما أن تكون تابعة للعقار أو مفردة عنه ، وفيما يلي أبين هاتين المسألتين وخلاف العلماء فيهما ؛ لمعرفة من قرر هذا الضابط من المذاهب الفقهية المعتبرة :

المسألة الأولى: المعاوضة عن حق الارتفاق تابعاً للعقار :

ذهب عامة الفقهاء إلى جواز المعاوضة عن حقوق الارتفاق تابعة للعقار كأن يشترطها المبتاع وإليه ذهب الحنفية [١]، والمالكية[٢]، والشافعية[٣]، والحنابلة[٤] .

قال الكاساني :(وأما مسيل الماء والطريق الخاص في ملك إنسان ، وحق إلقاء الثلج ، فإن ذكر الحقوق والمرافق يدخل ، وكذا إن ذكر كل قليل وكثير ..) [٥] .

وأما المالكية فلأنهم يرون جواز المعاوضة عن هذه الحقوق على سبيل الانفراد ، فلأَن تجوز المعاوضة عنها تبعاً من باب أولى ، قال القرافي: (يجوز شراء شرب يوم أو يومين من عين أو بئر ومن الأصل ..) [٦].

---

١ – ينظر : فتح القدير ٦/٣٩٤.
٢ – ينظر : الذخيرة ٤/١٨٦.
٣ – ينظر : مغني المحتاج ٣/١٧٧.
٤ – ينظر : المغني : ٦/١٤٢.
٥ – ينظر : بدائع الصنائع ٥/١٦٥.
٦ – ينظر : الذخيرة ٦/١٨٦.

وجاء في مغني المحتاج :(ولا يدخل في بيع الأرض مسيل الماء وشربها ... نصيبها من القناة والنهر المملوكين حتى يشترطه ، كأن يقول بحقوقها)[١] .

قال ابن قدامة :(إذا باع أرضا بحقوقها دخل ما فيها من غراس وبناء في البيع وكذا إذا قال ... رهنتك هذه الأرض بحقوقها ... لأن ما تبع في البيع تبع في الأصل كالطرق والمنافع ..)[٢].

المسألة الثانية : المعاوضة عن حق الارتفاق مفرداً عن العقار (حق الشرب نموذجا) :

تقدم في المسألة الأولى جواز المعاوضة عن حقوق الارتفاق تابعة للعقار ، وفي هذه المسألة أبين حكم المعاوضة عن حقوق الارتفاق مفردة عن العقار ، وأقتصر على ذكر المعاوضة عن حق الشرب ، **والمراد به :** النصيب المستحق من الماء لسقي الزرع ، والشجر ، فهل يجوز للإنسان المعاوضة عن نصيبه من الشرب منفرداً عن العقار؟

اختلف أهل العلم رحمهم الله في هذه المسألة على قولين :

القول الأول : جواز المعاوضة عن حق الشرب منفرداً عن العقار ، وإليه ذهب الحنفية في رواية [٣] ، وهو مذهب المالكية[٤]، والحنابلة في قول ذكره ابن قدامة في المغني احتمالاً ، ومال إليه [٥].

---

١ – ينظر : مغني المحتاج ٤٨٣/٣.

٢ – ينظر : المغني ١٤٢/٦.

٣- ينظر : تبين الحقائق٤/٥٢.

٤- ينظر : الذخيرة ١٦٨/٦ .

٥- ينظر : المغني ٢٩/٧.

واستدلوا بثلاثة أدلة :

الدليل الأول : استدلوا بأدلة مَن قال بجواز بيع الماء منها : أن الماء الخارج من الأرض ، وخارج من أرضه فملكه أشبه المعادن الجامدة والزرع [١].

الدليل الثاني: أن حق الشرب أصلي ونصيب قائم بنفسه، فجاز بيعه [٢] .

نوقش : بالتسليم أنه أصل وحظ من الماء لكنه غير موجود في ملكه وقت البيع ، وإن وجد فهو ليس بمملوك ؛ لأنه ماء والماء لا يملك [٣] .

القول الثاني : عدم جواز المعاوضة عن حق الشرب منفرداً عن العقار ، وإليه ذهب الحنفية في ظاهر الرواية[٤]، وهو مذهب الشافعية[٥]، والصحيح من المذهب عند الحنابلة [٦].

واستدلوا بدليلين :

الدليل الأول : استدلوا بأدلة مَن منع بيع الماء ومنها :

عن رجل من الصحابة رضي الله عنهما أن النبي ﷺ قال :" المسلمون شركاء في ثلاثة : الكلأ ، والماء ، والنار "[٧] .

١- ينظر : الشرح الكبير ٨٩/١٦.

٢ – ينظر : رد المحتار ٢٧٦/٧.

٣ – ينظر : الهداية مع فتح القدير ٣٩٣/٦.

٤ – ينظر : المرجع السابق ٣٩٢/٦.

٥ – ينظر : مغني المحتاج ١٨٦/٣.

٦ – ينظر : المغني ٢٨/٧.

٧ – أخرجه الإمام أحمد في مسنده ٣٦٤/٥، وأبوداود في سننه في البيوع ، باب في منع الماء ٣٠٠/٢، كلاهما عن رجل من أصحاب النبي ﷺ ، والحديث قال عنه ابن حجر : رجاله ثقات .ينظر: بلوغ المرام ص١٩٠.

وجه الاستدلال : أن النبي صلى الله عليه وسلم بين أن الناس شركاء في الماء ، فلا يجوز بيع حق الشرب ؛ لأنه ماء مشترك صاحبه أولى به فإذا استغنى عنه دفعه لغيره .

نوقش : أن الماء مما يجوز أخذ العوض عنه في الجملة ، ولهذا يجوز بيع ما أخذه الإنسان في إنائه وقربته [١] .

الدليل الثاني : أن المعاوضة عن حق الشرب لا تجوز ؛ لكونه مجهولاً لا تمكن معرفته [٢] .

نوقش من وجوه منها :

الوجه الأول : أن الحاجة داعية إليه فتغتفر الجهالة فيها .

الوجه الثاني : أن الجهالة قد تزول ، وذلك بتحديد مقدار ما يُسقى ، ثم يقال : الغالب إن مقدار الماء متقارب ، فإذا رأى شرب يوم أمكنه معرفة شرب الأيام الأخرى .

الترجيح : يظهر والله أعلم بعد عرض الخلاف في هذه المسألة رجحان القول الأول وأنه تجوز المعاوضة عن حق الشرب منفرداً عن الأرض لما تقدم من أدلة دالة على الجواز ، ثم يقال إن الماء تجوز المعاوضة عنه في الجملة ، وهذا هذا عمل المسلمين منذ أزمنة متباعدة .

وبهذا نخلص إلى أن الضابط محل الدراسة يتوافق مع ما قرره أصحاب القول الثاني .

١– ينظر : المغني ٢٩/٧.

٢- ينظر : العناية ٣٩٦/٦.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

من الفروع المندرجة تحت هذا الضابط :

١- بيع حق المرور في الطريق ، من الحقوق المجردة التي لا تحتمل التمليك [١].

٢- بيع حق الشرب كذلك لا يحتمل التمليك عند من يمنع المعاوضة عن الحقوق المجردة [٢].

١- ينظر : الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص٢١٢.

٢- ينظر : بدائع الصنائع ٦/١٨٨-١٩٠.

المبحث الثامن : الديون في الذمم لا تعتبر محلاً صالحاً لعقود التمليك

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المطلب الأول: صيغ الضابط

- " الديون في الذمم لا تعتبر محلاً صالحاً لعقود التمليك"[١].
- " الديون لا تعتبر أموالاً حقيقية لكونها معدومة "[٢].
- " الدين ليس بمال على الحقيقة "[٣].

١- ينظر: المبسوط ١٥/٦٤-٦٩، الأشباه والنظائر للسيوطي ٣٣٠ – ٣٣١ ، الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٥٧.
٢ – ينظر : فتح القدير ٧/٢٢٤.
٣ – ينظر : المبسوط ٢/١٩٥.

المطلب الثاني: معنى الضابط

أفاد هذا الضابط حكماً من أحكام التمليك الباطل ، وهو أن الديون الثابتة في الذمة ، على أي وجه كان ثبوتها ، وهو ما كان بدلاً عن شيءٍ آخر كبدل القرض ، وثمن المبيع ، وأرش الجناية ، وعوض المتلف .. أو غيرها ، كل هذا الديون لا تصلح محلاً للتمليك .أي لا يصح تمليكها لغير المدين .

المطلب الثالث: دليل الضابط

١- أن الدين لا يستحق صاحبه شيئاً إلا المطالبة به ، فلا يستحق أكثر من ذلك ، فلم يكن مالاً ، قياساً على الشفعة ، إنما لصاحبها حق المطالبة بها فقط [١].

٢- أن الديون لا تعتبر أموالاً حقيقةً ؛ لكونها معدومة ، والمعدوم لا يصح تمليكه.

١ - ينظر : الحاوي ١٩/٥٢٩.

المطلب الرابع: دراسة الضابط

هذا الضابط يمكن دراسته من خلال خلاف الفقهاء رحمهم الله في مسألة حكم تمليك الدين لغير المدين ، وقبل تحرير هذه المسألة يحسن ذكر خلاف العلماء في مسألة مالية الديون ، بعد اتفاقهم على أن الديون أموال إذا قبضت أما قبل القبض فقد اختلف العلماء في ذلك على قولين :

القول الأول: أن الديون أموال حقيقية . وإليه ذهب جمهور العلماء المالكية[١] , والشافعية [٢], والحنابلة [٣] .

واستدلوا بثلاثة أدلة:

الدليل الأول : أن الزكاة تجب في الدين وتخرج عنه وما وجبت فيه الزكاة فهو مملوك , إذاً فالدين مال , وكذا حول الزكاة ينعقد عليه , وهذا دليل ماليته ؛ لأن الزكاة لا تجب إلا في الأموال [٤] .

الدليل الثاني : أن الدين في الذمة يصح أن يتصرف الإنسان فيه بالإبراء منه مما يدل على ماليته [٥].

الدليل الثالث : أن الدين في الذمة يصح أن يتصرف الإنسان فيه بالحوالة , وذلك بالإحالة عليه , وكذلك بإحالة من له الحق على غيره , مما يدل على أنه مال تجري عليه أحكام الأموال [٦].

---

١ – ينظر : المنتقى٢/١١٨.
٢ – ينظر : المهذب ٢/١٣٨.
٣ – ينظر : المغني ١٣/٥٩٨.
٤ – ينظر : الشرح الكبير ٢٨/١٠٢.
٥ – ينظر : المغني ١٣/٥٩٨.
٦ – ينظر : المرجع السابق.

القول الثاني: أن الديون لا تعتبر أموالاً حقيقية , وإنما تعتبر أموالاً حكمية , نظراً لصيرورتها مالاً في المآل عند الاستيفاء فتسمى مالاً مجازاً . فهي وصف شاغل للذمة يصير مالاً حقيقياً عند قبـــضه , وإليه ذهب الحنفية [١], والشافعية في قول [٢] .

واستدلوا بثلاثة أدلة :

الدليل الأول : أن الدين لا يستحق صاحبه شيئاً إلا بالمطالبة به , فلا يستحق أكثر من ذلك , فلم يكن مالاً , كما أن الشفعة ليست مالاً , وإنما لصاحبها حق المطالبة بها فقط [٣].

نوقش: بأن المطالبة بقضاء الدين كالمطالبة بإقباض العين , ومن المسلم به أن المطالبة بإقباض العين لا يمنع من ثبوت الملك عليها , فكذلك المطالبة بالدين , وأما قياس الدين على الشفعة بجامع عدم استحقاق شيء زائد على المطالبة بها فيقال: إن هذا قياس مع الفارق, إذ المراد بالمستحق في الشفعة المطالبة بالحكم بها بخلاف الدين ؛ فإن المطالبة به تكون بعد ثبوت استحقاقه [٤].

الدليل الثاني: أن الديون لا تعتبر أموالاً حقيقية لكونها معدومة , ليست بشيء حقيقة [٥] .

نوقش: بأن الشارع أعتبرها أموالاً وذلك بتصحيح بيعها والحوالة عليها وغير ذلك .

---

١ – ينظر : بدائع الصنائع ٥/٢٣٤.
٢ – ينظر : المجموع ١/٦٥.
٣ – ينظر : الحاوي ١٩/٥٢٩.
٤ – ينظر : المرجع السابق.
٥ – ينظر : فتح القدير٧/٢٢٤.

الترجيح : يظهر-والله أعلم- رجحان القول الأول , وهو أن الديون أموال ؛ وذلك لقوة ما استدل به الجمهور ؛ ولأن الحنفية أنفسهم يرون أن الدين مال حكمي , وذلك لإجراء الآثار المترتبة على المال عليه , لكنهم وصفوا ماليته بأنها مالية حكمية لا حقيقية .

إذا علم هذا فهل يصح تمليك الدين لغير المدين ، كأن يقول شخص لآخر وهبتك ما لي من دين على فلان ، أو يقول له : استأجرت منك كذا بالدين الثابت لي في ذمة فلان . اختلف في هذا على أربعة أقوال :

القول الأول : يجوز تمليك الدين من غير مَنْ عليه الدين بعوض وبغير عوض، وهو رواية عن أحمد ووجه عند الشافعية .[١]

واستدلوا :بانتفاء الغرر المانع من ذلك .

القول الثاني : لا يصح تمليك الدين لغير من هو عليه سواء أكان بعوض أم بغير عوض . وهو مذهب الحنفية والحنابلة والشافعية في الأظهر .[٢]

كأن يقول شخص لآخر : وهبتك مالي من دين على فلان ، فيقبل . أو يقول له : اشتريت منك كذا بما لي من دين على فلان ، فيقبل أو يقول له : استأجرت منك كذا بالدين الثابت لي في ذمة فلان ، فيقبل . فهذا كله غير جائز عند أصحاب القول الثاني .

---

[١] – ينظر : المبدع ١٩٩/٤، المنثور ١٦١/٢.

[٢] – ينظر : بدائع الصنائع ١٠٤/٧، أسنى المطالب ٨٥/٢، الشرح الكبير ٣٤٢/٤.

واستدلوا : بأن الواهب أو المشتري أو المستأجر يهب أو يبيع ما ليس في يده ولا له من السلطة شرعاً ما يمكنه من قبضه منه ، فكان بيعا لشيء لا يقدر على تسليمه ، إذ ربما منعه المدين أو جحده ، وذلك غرر ، فلا يجوز .

وقد استثنى الحنفية من قاعدة عدم جواز تمليك الدين لغير من هو عليه ثلاث حالات [١]:

الأولى : إذا وكل الدائن الشخص الذي ملكه الدين في قبض ذلك الدين من مدينه ، فيصح ذلك ، ويقبض الدين من المدين باعتباره وكيلاً عن الدائن ، وبمجرد القبض يصير قابضاً لنفسه ، وتنتقل ملكية الدين إليه .

والثانية : إذا أحال الدائن الشخص الذي ملّكه الدين على مدينه ، فيصبح ذلك ، ويقبض الدين من المدين باعتباره محالاً من الدائن عليه ، وبمجرد القبض تنتقل ملكية الدين إليه .

والثالثة : الوصية ، فإنها تصح بالدين لغير من هو عليه ، لأنها تمليك مضاف إلى ما بعد الموت ، فينتقل الملك فيه كما ينتقل بالإرث .

القول الثالث : يجوز بيع سائر الديون –عدا دين السلم – لغير من عليه الدين ، كما يجوز بيعها للمدين ولا فرق ، وذلك إذا كان الدين حالا والمدين مقرا مليئا أو عليه بينة لا كلفة في إقامتها ، وهو قول الشافعية في قول صححه كثير من أئمتهم [٢] .

---

[١] – ينظر : بدائع الصنائع ١٠٤/٧

[٢] – ينظر : المهذب ٢٧٠/١، روضة الطالبين ٥١٤/٣.

واستدلوا : بانتفاء الغرر الناشئ عن عدم قدرة الدائن على تسليم الدين إليه .

القول الرابع : يجوز بيع الدين لغير المدين بشروط تباعد بينه وبين الغرر ، وتنفي عنه سائر المحظورات الأخرى وإليه ذهب المالكية[١] ، وهذه الشروط ثمانية :

١- أن يعجل المشتري الثمن ، لأنه إذا لم يعجل في الحين فإنه يكون من بيع الدين بالدين .

٢- أن يكون المدين حاضرا في البلد ، ليعلم حاله من فقر أو غنى ، لأن عوض الدين يختلف باختلاف حال المدين ، والمبيع لا يصح أن يكون مجهولا .

٣- أن يكون المدين مقرا بالدين ، فإن كان منكرا له فلا يجوز بيع دينه ولو كان ثابتا بالبينة حسما للمنازعات .

٤- أن يباع بغير جنسه ، أو بجنسه بشرط أن يكون مساويا له .

٥- ألا يكون ذهبا بفضة ولا عكسه ، لاشتراط التقابض في صحة بيعها .

٦- ألا يكون بين المشتري والمدين عداوة .

٧- أن يكون الدين مما يجوز بيعه قبل قبضه ، احترازا مما لو كان طعاما ، إذ لا يجوز بيعه قبل قبضه .

٨- ألا يقصد المشتري إعنات المدين والإضرار به .

---

[١] – ينظر : منح الجليل ٢/٥٦٤.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط

إن بيع الدين من غير من هو عليه بثمن حال إن قلنا أن الدين مال جاز ، و إن قلنا أنه حق و ليس بمال لم يجز ، و لهذا ذهب الحنفية الذين يرون أن الدين ليس بمال إلى عدم جواز بيع الدين لغير من هو عليه[١]، وأما باقي الأئمة الأربعة فيرون جواز بيع الدين لغير من هو عليه بثمن حال [٢].

1- ينظر : الأشباه و النظائر لابن نجيم ص ٣٥٨ .

2 - ينظر : المهذب ١/ ٢٧٠ .

المبحث التاسع : تمليك العين لا يقبل التوقيت بخلاف تمليك المنفعة

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المطلب الأول: صيغ الضابط

- " تمليك العين لا يقبل التوقيت بخلاف تمليك المنفعة " [١].
- " ملكية رقبة الأعيان لا تقبل التوقيت وملكية المنافع الأصل فيها التوقيت " [٢] .
- " كل عقد كانت المدة فيه لا يكون إلا مؤقتاً " [٣].

١- ينظر : المدخل الفقهي العام ١/٢٧٢ .
٢ – ينظر : رد المحتار ٥/٤٤٢.
٣ – ينظر : المنثور ١/٢٤٠.

المطلب الثاني: معنى الضابط

أفاد هذا الضابط أن العقود منها ما هو مؤبد لا يقبل التوقيت ، ومنها ما هو مؤقت لا يقبل التأبيد ، وبناءً عليه فإن عقود التمليكات الواقعة على الأعيان لا يصح توقيتها ، بخلاف تمليك المنافع فإنه يصح توقيتها ، وحينئذٍ إذا قيد العقد بمدة كان مؤقتا ينفسخ بزوال المدة كالإجارة مثلا.

المطلب الثالث: دليل الضابط

١- يمكن الاستدلال على هذا الضابط بالأدلة الدالة على منع الشروط المخالفة لمقتضى العقد من ذلك ما روته عائشة رضي الله عنها ، قالت : جائتني بريرة ، فقالت : كاتبت أهلي على تسع أواقٍ ، في كل عام أوقية ، فأعينيني . فقلت : إذا أحب أهلك أن أعدها لهم ويكون ولاؤك لي ، فعلت . فذهبت بريرة إلى أهلها ، فقالت لهم ، فأبوا عليها ، فجاءت من عندهم ورسول الله ﷺ جالس ، فقالت : إني عرضت عليهم ، فأبو إلا أن يكون الولاء لهم .فسمع النبي ﷺ ، فأخبرت عائشة النبي ﷺ ، فقال: خذيها واشترطي لهم الولاء ، فإنما الولاء لمن أعتق) ..الحديث وفيه أن النبي ﷺخطب وبيّن أن هذا شرط باطل، فقال: (ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثق، وإنما الولاء لمن أعتق)[1]

وجه الدلالة :أن النبي ﷺ أبطل شرط البائع لنفسه الولاء في قصة بريرة ؛ لأنه يخالف مقتضى العقد، إذ أن مقتضى العتق أن يكون الولاء للمعتق لا لغيره، ولهذا قال العلماء: كل شرط

---

١ – أخرجه : البخاري ، في كتاب البيوع ، باب إذا اشترط شروطاً في البيع لا تحل ٢/٧٥٩ برقم (٢٠٦٠) ، ومسلم في كتاب العتق ، باب إنما الولاء لمن أعتق ٢/١١٤٢.

خالف مقتضى العقد فهو باطل، وفي هذا دلالة على على عدم صحة تأقيت عقود التمليك الواقعة على الأعيان .

٢- أن تأقيت عقود التمليكات الواقعة على الأعيان ينافي مقتضى العقد ؛ لأنه يمنع المِلك واللزوم وإطلاق التصرف.[١]

١- ينظر : الشرح الكبير ١١/٢٨٥.

المطلب الرابع: دراسة الضابط

من شروط صحة عقد تمليك العين : ألا يكون العقد مؤقتاً ، فإن أقته فالبيع فاسد ؛ لأنه عقد تمليك عين ، وعقود تمليك الأعيان لا تصح مؤقتة ، ولهذا عرف بعض الفقهاء البيع باعتباره نوع من أنواع عقود التمليك الواقع على العين بأنه : عقد معاوضةٍ مالية يفيد ملكَ عينٍ على التأبيد [١].

إذا تقرر هذا فإن التصرفات من حيث قبولها التأقيت وعدمه على ثلاثة أقسام :

١- تصرفات لا تقع إلا مؤقتة كالإجارة ، والمزارعة ، والمساقاة ، وغيرها .

٢- تصرفات لا تصح مؤقتة ، كالبيع ن والرهن ، والهبة ، وغيرها .

٣- تصرفات تكون مؤقتة وغير مؤقتة ، كالعارية ، والكفالة ، والوقف ، وغيرها .وفيما يلي بيان ذلك ، مقتصراً على عقدٍ واحد من الأنواع الثلاثة :

أولاً : التصرفات التي لا تقع إلا مؤقتة ، ومنها :

- **الإجارة** :اتفق الفقهاء رحمهم الله على أن الإجارة لا تصح إلا مؤقتة بمدة معينة ، أو بوقوعها على عملٍ معلوم [٢] ، فمن الأول : إجارة بيت أو سيارة ، ومن الثاني : الاستئجار على عمل كخياطة ثوبٍ ونحوه .

---

١ – ينظر : بدائع الصنائع ١١٨/٦ ،مغني المحتاج ٣/٢.

٢ – ينظر : الفتاوى الهندية ٤١١/٤، مواهب الجليل ٤١٠/٥، روضة الطالبين ١٧٣/٥، كشاف القناع ٥/٤.

ثانياً : التصرفات غير المؤقتة ، ومنها :

- **البيع** : البيع عند الفقهاء : مقابلة مال بمال على وجه مخصوص ، وهو لا يقبل التأقيت عند الفقهاء ، فقد ذكروا أن من شروط صحة البيع : ألا يكون مؤقتاً [١].

ثالثاً : التصرفات التي تكون مؤقتة وغير مؤقتة ، ومنها :

- العارية التي هي تمليك للمنافع بغير عوض ، إما أن تكون مؤقتة بمدة معلومة ، وتسمى حينئذٍ العارية المقيدة ، وإما أن تكون غير مؤقتة ، وتسمى العارية المطلقة ، وهي عند الحنفية ، والشافعية ، و الحنابلة من العقود غير اللازمة ، فلكل من المعير والمستعير الرجوع فيها متى شاء ، مطلقة كانت أو مقيدة ، إلا في بعض الصور كالإعارة للدفن أو البناء ونحوهما [٢].

ويرى المالكية : أن العارية إذا كانت مقيدة بعمل أو وقت فإنها تكون لازمة إلى انقضاء ذلك العمل أو الوقت ، وإن لم تكن مقيدة بعمل ولا وقت فإنها تلزم إلى انقضاء مدة فيها بمثلها عادة ؛ لأن المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً [٣].

---

١ – ينظر : الفتاوى الهندية ٣/٣، مواهب الجليل ٣٨٨/٤، مغني المحتاج ٣/٢، المغني ٢٥٦/٦.

٢ – ينظر : الفتاوى الهندية ٣٦٣/٤، كشاف القناع ٦٢/٤.

٣ – ينظر : مواهب الجليل ٢٧١/٥.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط

من الفروع المندرجة تحت هذا الضابط :

١- عقد البيع من عقود التمليكات الواقعة على الأعيان بعوض فيكون مؤبداً .

٢- عقد الهبة من عقود التمليكات الواقعة على الأعيان بغير عوض فيكون مؤبداً .

٣- عقد الإجارة من العقود المؤقتة فلا تقبل التأبيد ؛لأنها واقعة على النافع والمدة ركن فيها .

المبحث العاشر : ما قبض بعقدٍ فاسد لا يصح تمليكه

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المطلب الأول: صيغ الضابط

- "ما قبض بعقدٍ فاسد لا يصح تمليكه "[١].
- "لا تصح التصرفات في المقبوض بعقد فاسد وهو مضمون بزوائده ومنافعه"[٢].
- " لا يصح التصرف في المقبوض بعقد فاسد "[٣].

١- ينظر : الانتصار ٣/٢٧٩ .
٢- ينظر : مجلة الأحكام الشرعية ص٣٢٦.
٣- ينظر : دليل الطالب ١/١٠٨.

المطلب الثاني: معنى الضابط

أفاد هذا الضابط حكما من أحكام التمليك الباطل ، وهو أنه لا يصح التصرف في المقبوض بعقد فاسد بتمليكه بعوض أو بغيره؛ لأنه لم يملكه فلا يصح تصرفه فيه .

المطلب الثالث: دليل الضابط

قوله تعالى :﴿ الذين يَأكلون الرِّبا لا يقومون إلا كما يقومُ الذي يتخبطُه الشيطـــانُ من المس ذلك بأنهم قالوا إنما البيع مثل الربا..﴾ [١].

وجه الدلالة : أن الله – عز وجل – توعد آكل الربا ، ولو كان المقبوض بعقـــد فاســـد يملـــك بالقبض لما توعده الله عز وجل.

١- ينظر : سورة البقرة ، آية : (٢٧٥).

المطلب الرابع: دراسة الضابط

يمكن دراسة ما تضمنه هذا الضابط من حكم ، من خلال البحث في مسألة ملكية المقبوض بعقد فاسد هل يملك بهذا العقد أم لا؟ وذلك أن التصرف في المقبوض بعقد فاسد فرع عن تلك المسألة ، وقد اختلف الفقهاء في ملكية المقبوض بالعقد الفاسد ، على قولين:

القول الأول: أنه لا يثبت بهذا القبض ملك، وهذا قول الشافعية[١]، والحنابلة[٢]، والظاهرية[٣]، وقيد المالكية القول به بعدم فوات المبيع[٤].

واستدلوا بأدلة منها :

الدليل الأول : قوله تعالى(الذين يَأكلون الرِّبا لا يقومون إلا كما يقومُ الذي يتخبطُه الشيطانُ من المس ..)[٥].

وجه الدلالة: أن الله – عز وجل – توعد آكل الربا ، ولو كان المقبوض بعقد فاسد يملك بالقبض لما توعده الله عز وجل.

الدليل الثاني : إن دعوى ثبوت الملكية بالقبض في العقد الفاسد لا تخلو من أن تتم بالعقد وحده أو بالقبض وحده أو بهما جميعاً، ولا يجوز أن تكون بالعقد وحده؛ لأنه لو لم يتعقبه القبض لم

١- ينظر : الحاوي ٦/٣٨٧ .
٢- ينظر : المغني ٦/٣٢٧.
٣- ينظر : المحلى ٨/٤٢١.
٤- ينظر : مواهب الجليل ٤/٣٨٠.
٥- ينظر : سورة البقرة ، آية : (٢٧٥).

يجعل به الملك عند من يقول بذلك، ولا يجوز أن تكون بالقبض وحده لأنه لو لم يتقدمه العقد لم يحصل به الملك ولا يجوز أن يكون بالعقد والقبض معاً لأمرين:

أ – أنه مخالف لموضوع البيوع التي ينتقل الملك فيها بنفس العقد.

ب – أن للبائع – بعد وجود العقد والقبض – استرجاعه من المشتري ولو كان مالكاً له لم يجز انتزاع ملكه من يده[١].

القول الثاني: إن الملك يثبت بهذا القبض إذا كان قبضه بإذن المالك مطلقاً، أو دلالة بأن يقبضه في المجلس بحضرته، وهذا قول الحنفية[٢]، وقال به بعض المالكية بشرط فوات المبيع[٣].

واستدلوا بما يلي:

الدليل الأول : إن عائشة – رضي الله عنها – اشترت بريرة من مالكيها واشترطت لهم الولاء بأمر النبي وهذا الاشتراط منهم فاسد بالاتفاق ثم أعتقها، ونفذ عتقها فأقر النبي ذلك[٤].

نوقش : بأن عقد ابتياع بريرة كان صحيحاً؛ لأن النبي ﷺ أذن لعائشة – رضي الله عنها – فيه ولا يمكن أن يأذن عليه الصلاة والسلام في عقد فاسد[٥]، وإنما أبطل النبي ﷺ الشرط وحده ؛ لعدم استحقاقهم له شرعاً، و لم يؤثِّر هذا الشرط الفاسد على صحة العقد حيث قال النبي ﷺ لعائشة – رضي الله عنها – لما ذكرت أنهم طلبوا أن يكون الولاء لهم: (لا يمنعك ذلك فإنما الولاء لمن

١- ينظر : الحاوي ٦/٣٨٧ بتصرف يسير.
٢- ينظر : فتح القدير ٦/٤٠٤.
٣- ينظر : مواهب الجليل ٤/٣٨٠.
٤- ينظر : المجموع ٩/٣٧٣،والمغني ٦/٣٢٧.
٥- ينظر : الحاوي ٦/٣٨٨.

أعتق)[١]. ثم قال عليه الصلاة والسلام في خطبته بشأن ذلك (ما كان من شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط)[٢].

الدليل الثاني : إن ركن البيع – وهو مبادلة المال بالمال – صدر من أهله مضافاً إلى محله فوجب القول بانعقاده[٣].

نوقش :بأن هذا العقد وقع على خلاف الصفة التي أذن بها الشارع فهو باطل.

الترجيح : الذي يظهر – والله أعلم – هو رجحان القول الأول بأن القبض في العقد الفاسد لا يثبت الملكية.

وأما مسألة حكم التمليك المقبوض بعقدٍ فاسد فهي فرع عن المسألة السابقة وهي التي تدل على الضابط الذي معنا.

قد اختلف الفقهاء في حكم هذا التصرف بيعاً كان أو هبة أو نحو ذلك على قولين:

القول الأول: إن جميع هذه التصرفات باطلة فلا ينفذ منها شيء حتى لو تعددت التصرفات بتعاقب الأيدي على هذا المقبوض، وإليه ذهب الشافعية[٤] ، والحنابلة[٥] ، والظاهرية[٦].

١- أخرجه : رواه مسلم، كتاب العتق، باب: إنما الولاء لمن أعتق ١١٤٢/٢ برقم (١٥٠٤).

٢- ينظر : الحاوي الكبير ٣٨٨/٦، والحديث سبق تخريجه ، ينظر : ص١٦٤.

٣- ينظر : فتح القدير ٤٦٠/٦.

٤- ينظر : الحاوي الكبير للماوردي ٣٨٦/٦، المجموع للنووي ٣٦٨/٩، روضة الطالبين ٧٢/٣.

٥- ينظر : المغني لابن قدامة ٣٢٧/٦، الإنصاف ٤٧٣/٤، كشاف القناع ٢٤٥/٣.

٦- ينظر : المحلى لابن حزم ٤٢١/٨.

واستدلوا بما يلي:

١ – أن القابض مخاطب شرعاً برد المقبوض بهذا العقد الفاسد إلى مالكه في كل لحظة، وتصرفه فيه يؤدي إلى البقاء على المعصية وهذا لا يجوز[١].

٢ – إن حق التصرف أثر من آثار العقد الصحيح فإذا أعطي من قبض شيئاً بعقد فاسد هذا الحق كان هذا تسوية بينه وبين العقد الصحيح في هذا الأثر وهو ممتنع[٢].

نوقش : بأن إعطاءه حق التصرف مبني على القبض الذي أذن فيه المالك أو أقره وليس على العقد، فلم يكن ثمة تسوية بين العقد الصحيح والفاسد[٣].

الجواب عن هذه المناقشة:

يجاب عن هذه المناقشة بأن القبض وإن أذن فيه المالك فهو أثر من آثار العقد الفاسد فـــلا ينتج منه أثر صحيح.

القول الثاني: إن هذه التصرفات صحيحة فيسقط حق صاحبه في استرداده، وهذا مذهب الحنفية[٤]، وقيد المالكية القول به بشرط فوت المبيع[٥].

١- ينظر : روضة الطالبين للنووي ٣/٧٢.
٢- ينظر : البناية في شرح الهداية ٧/٢٦٢.
٣- ينظر : المرجع السابق.
٤- ينظر : فتح القدير ٦/٤٦٦.
٥- ينظر : مواهب الجليل ٤/٣٨٠.

واستدلوا بما يلي:

الدليل الأول : إن هذا القبض حصل بإذن المالك أو بإقراره له فصح تصرفه فيه تبعاً لثبوت ملكيته به.[١]

نوقش : بالمنع من ثبوت الملكية بهذا القبض أصلاً، وأما كونه بإذن البائع أو بإقراره فلا أثر له في التمليك فإنما تحصل الملكية بالعقد لو كان صحيحاً.

الدليل الثاني : إن البيع الثاني حصل بتسليط من البائع الأول فإنه ملكه إياه وأذن له في قبضه وهذا تسليط على التصرف[٢].

نوقش : بأن البائع الأول لا يملك حق تسليط غيره على ما قبضه بعقد فاسد ولا الإذن في التصرف به ؛ لأنه ممنوع شرعاً من هذه الأشياء لنفسه فلا يملك إعطاءها لغيره.

الدليل الثالث : إن الشارع قد ينهى عن الشيء ومع ذلك يرتب عليه أثره إذا حصل مثل نهيه عن طلاق الحائض وإثبات أثره إذا حصل فإن عصمة الزوجية تزول به[٣].

نوقش : بأن احتساب طلاق الحائض محل نزاع فلا يصح الاحتجاج به، والقائلون بإيقاعه استندوا إلى روايات صريحة في ذلك، فالنهي عنه والحكم بوقوعه صادران من الشارع وليس كذلك الأمر في العقد الفاسد فبطل التمسك بهذه الحجة.

١- ينظر : فتح القدير ٦/٤٦٦.
٢- ينظر : المرجع السابق ٦/٤٦٦.
٣- ينظر : المرجع السابق٦/٤٦٠.

ووجه تقييد المالكية القول بجواز التصرف بما قبض بعقد فاسد بالفوت: هو أن العدل فيه في هذه الحالة هو الرجوع بالقيمة[١].

الترجيح : عند النظر في الأقوال في المسألة أجد أن القول بإعطاء قابض المبيع بالعقد الفاسد حق التصرف أو منعه من ذلك مبني على الخلاف في حصول الملكية بهذا القبض فمن قال بحصول الملكية به دون قيد وهم الحنفية حكم بصحة تصرفاته به بلا قيد أيضاً، ومن قيّد ذلك بالفوت وهم المالكية قيد صحة التصرفات بالفوت هنا، ومن قال بعدم حصول الملكية بهذا القبض فات المبيع أو لم يفت وهم الشافعية والحنابلة والظاهرية حكم ببطلان تمليك ما قُبض بعقدٍ فاسد وهذا القول هو القول الراجح ؛ لقوة مبناه وظهور حجته. والله أعلم.

١- ينظر : بداية المجتهد ٢/١٤٦.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط

من الفروع المندرجة تحت هذا الضابط :

١- إذا باع رجل على آخر قطعة أرض وقال البائع حد أرضك إلى الموضع الذي تقع فيه الحصاة فقبل المشتري هذا وقبض الأرض فإن هذا البيع لا يجوز ؛ لأنه بيع الحصاة المنهي عنه. وعليه فإن القابض للأرض لا يجوز له أن يتصرف فيها بيع أو هبة أو نحو ذلك لأنه لا يصح تمليك المقبوض بعقد فاسد.

٢- إذا قال رجل لرجل آخر. آخذ سلعتك بكذا وكذا على أن تسلفني كذا وكذا فهذا بيع وشرط وهو منهي عنه، فإذا قبض الرجل السلعة بهذا العقد الفاسد فإنه لا يجوز له أن يتصرف فيها ببيع أو هبة أو نحو ذلك؛ لأنها مقبوضة بعقد فاسد ولا يصح تمليك المقبوض بعقد فاسد.

٣- إذا قال: رجل لآخر سأشتري منك هذه السلعة بما في جيبي والبائع لا يعلم مقدار ما في جيبه فهذا غرر منهي عنه، فإذا قبض المشتري هذه السلعة بهذا العقد الفاسد فإنه لا يجوز له أن يتصرف في هذه السلعة؛ لأنها مقبوضة بعقد فاسد ولا يصح تمليك المقبوض بعقد فاسد.

المبحث الحادي عشر : لا يصح تمليك المعدوم بطريق الأصالة

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول: صيغ الضابط.

المطلب الثاني: معنى الضابط.

المطلب الثالث: دليل الضابط.

المطلب الرابع: دراسة الضابط.

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط.

المطلب الأول: صيغ الضابط.

- " لا يصح تمليك المعدوم بطريق الأصالة " [١].
- " المعدوم لا يكون محلاً لإضافة العقد إليه "[٢].
- الإباحة للمعدوم وتمليكه بطريق الأصالة لا يصح "[٣].

١- ينظر : تقرير القواعد وتحرير الفوائد ٤٣٦/٢ ، والإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٢٣/٧ .

٢ – ينظر : المبسوط ١٦١/٢٠.

٣ – ينظر : شرح تحفة أهل الطلب في تجريد قواعد ابن رجب ص٣٥٥-٣٥٦ .

المطلب الثاني: معنى الضابط

أفاد هذا الضابط : حكم تمليك المعدوم أصالة ، وهو : غير الموجود .فما كان كذلك لايصح إضافة العقد إليه ، أي : لا يجوز تمليكه بعوضٍ كبيعٍ ونحوه ، أو بغير عوضٍ كوصية ونحوها . وحينئذٍ فإن هذا الحكم الذي تضمنه الضابط محل الدراسة يتعلق بالمملَّك ، وهو مَن يراد تمليكه .وكذلك تمليك المعدوم تبعا إذا كان المحل لا يستلزمه ، و لم يصرح بدخوله .

وقد خرج بقولهم(أصالةً) : المعدوم التابع لغيره ، أو المعدوم الذي يستلزمه المحل ، كتمليك الفقراء بوقفٍ ، أو وصية ، على ما تقدم بيانه في المبحثين الثامن والتاسع من الفصل الأول .

المطلب الثالث: دليل الضابط

يمكن الاستدلال على هذا الضابط من خلال مايذكره الفقهاء من تعليلات ، ومما وقفت عليه من ذلك :

أنه يشترط لصحة التمليك : إمكان تمليك المملَّك ، والمعدوم أصالة لا يمكن تمليكه [١].

١ – ينظر : كشاف القناع ٤/ ٢٥٠– بتصرف- .

المطلب الرابع: دراسة الضابط

يمكن دراسة الضابط من خلال خلاف الفقهاء – رحمهم الله – في صحة الوقف على المعدوم ، كالوقف على من لم يخلق ، وقد اختلفوا في ذلك على قولين :

القول الأول : عدم صحة الوقف على المعدوم ، وإليه ذهب الحنفية [١]، والشافعية[٢] ، والحنابلة [٣].

واستدلوا : بأنه يشترط إمكان تمليك الموقوف عليه من الواقف ، وذلك بأن يكون حال الوقف متأهلا للملك ، لأن الوقف تمليك للمنفعة ولا تصح إلا على من يصح أن يكون مالكا والمعدوم لا يمكن تملكه لعدم وجوده حال الوقف للملك فلا يصح الوقف عليه [٤] .

القول الثاني : صحة الوقف على المعدوم . و غليه ذهب المالكية . [٥]

واستدلوا : بالقياس على الوصية فيصح الوقف عليه كما تصح الوصية له . [٦]

نوقش : بعدم صحة الوصية للمعدوم لأنها تمليك والمعدوم لا يمكن تمليكه . [٧]

الترجيح : يظهر والله أعلم رجحان القول بعدم صحة الوقف على المعدوم ؛ لقوة دليله وضعف دليل القول الآخر .

١- ينظر : الحجة على أهل المدينة ٣/٥٤.

٢- ينظر : كفاية الأخيار ١/٣١٩ .

٣- ينظر : الإنصاف ١٦/٣٩٦ .

٤- ينظر : الحاوي ٧/٥٢٣ ، وكشاف القناع ٤/٢٥٠ .

٥- ينظر : الذخيرة ٦/٣٠٢ .

٦- ينظر : الذخيرة ٦/٣٠٢ .

٧- عدم صحة الوصية للمعدوم هو مذهب جمهور أهل العلم : الحنفية والشافعية والحنابلة ، ينظر : بدائع الصنائع ٧/٣٣٥ ، ومغني المحتاج ٣/٥٢، وكشاف القناع ٤/٣٥٧ .

المطلب الخامس: التطبيق على الضابط

من الفروع المندرجة تحت هذا الضابط :

١- إذا قال : بعت هذا الشيء على من سيولد لفلان . لا يصح ؛ لأنه تمليك معدوم أصالة.

٢- الوقف على من سيولد لفلان .لا يصح ؛ لكونه معدوما .

٣- الوصية لمن سيولد لفلان . لا يصح كذلك .

الخاتمة

الحمد لله أولاً وآخراً ، والشكر له ظاهراً وباطناً ، والصلاة والسلام على خاتم الأنبياء وسيد المرسلين ، وآله وصحبه وسلم تسليماً كثيرا .

وبعد هذه الجولة العلمية المباركة بإذن الله تعالى ، عبر فصول ، ومباحث هذا الموضوع خلصت إلى نتائج مهمة ، وفوائد قيمة ، يمكنني إيجازها في النقاط التالية :

- إن دراسة الضوابط الفقهية تكوِّن عند الباحث ملكة فقهية قوية تضيء أمامه الطريق لدراسة أبواب الفقه الواسعة والمتعددة، ومعرفة الأحكام الشرعية واستنباط الحلول للوقائع المتجددة والمسائل المتكررة.
- إن دراسة الضوابط الفقهية بصفة عامة، ودراستها مقارنة بين المذاهب الفقهية بصفة خاصة لها أهميتها البالغة، ومكانتها المرموقة، ومما يلزم المجتهد، والفقيه، والمتفقه، والقاضي، والمفتي في مجال حياتهم العلمية.
- الضابط لغة: مأخوذ من ضَبَطَ الشيء يضبطه ضبطاً: أي حفظه حفظاً بليغاً أو حازماً.
- الضابط في الاصطلاح: حكم فقهي كلي تندرج تحته فروع من باب واحد.
- من أهم الفروق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي أن القاعدة الفقهية لا تقتصر على باب واحد من أبواب الفقه، أما الضابط الفقهي فيختص بباب من أبواب الفقه.

- أيضاً من أهم الفروق بين القاعدة الفقهية والضابط الفقهي أن القاعدة الفقهية متفق عليها – في الغالب – بين مجموع المذاهب أو أغلبها، أما الضابط الفقهي فالغالب فيه أن يختص بمذهب معين بل إن من الضوابط ما يكون وجهة نظر فقهية خاصة في مذهب معين قد يخالفها فقهاء آخرون من المذهب نفسه.

- التمليك لغة : مصدر ملّكه الشيء إذا جعله ملكا له.

- التمليك اصطلاحاً : هو : حكم شرعي مقدر في العين أو المنفعة يقتضي تمكين من يُضاف إليه من انتفاعه بالمملوك و العوض عنه من حيث هو كذلك.

- أن الملكية التامة تخول صاحبها كل أنواع التصرف الشرعي .

- أن كل مملوك أبيح الانتفاع به يجوز تمليكه إلا ما استثناه الشرع .

- أن عقود التمليكات صحيحة في المبهم من الأعيان إذا كانت متميزةً متساوية سواء كانت متفرقة أو مختلطة ، وذلك أن كل جهالة لا تفضي إلى المنازعة لا تمنع صحة العقد .

- أن تمليك الدين صحيح ممن عليه الدين ، وهو إبراء في الحقيقة وإسقاط .

- أن التمليك يقتضي اختصاصاً بالمحل .

- أن القول قول المملِّك في بيان جهة التمليك.

- أن التمليك يصح الرجوع فيه قبل اتصال القبول به.

- أن ما حرم استعماله حرم تمليكه.

- وأن التمليك من المجهول لا يصح.
- لا يجوز تمليك ما لا يقدر على تسليمه.
- لا يقبل تعليق التمليك بالشرط .
- لا تصح عقود التمليكات المحضة في مبهم من أعيان متفاوتة.
- أن تعليق التمليك بما ينطوي على غرر فاحش باطل.
- أن الحقوق المجردة عن الأعيان ليست محلا صالحا للتمليك.
- أن الديون في الذمم لا تعتبر محلاً صالحاً لعقود التمليك.
- إن عقود التمليك الواقع على العين لا يقبل التوقيت بخلاف تمليك المنفعة.
- لا يصح تمليك ما قبض بعقدٍ فاسد.
- لا يصح تمليك المعدوم بطريق الأصالة، ولا تمليك المعدوم بالتبعية إذا كان المحل لا يستلزمه.
- إن جمع الضوابط الفقهية المتعلقة بالتمليك تمييزا بين صحيحها وباطله ينطوي على فائدة مهمة ، وهي : دراسة هذه الضوابط ومعرفة الراجح منها بناء على الأدلة الشرعية والقواعد المرعية ، وهذا ما أوصي به نفسي وإخواني طلاب العلم أن يوجهوا جهودهم ويستثمروا طاقاتهم إلى بذل المزيد من الدراسة لهذه الضوابط التي تضمنها هذا البحث .

الفهـــــارس

وتشتمل على :

- أولاً:فهرس الآيات القرآنية.
- ثانياً: فهرس الأحاديث النبوية.
- ثالثاً: فهرس الأعلام.
- رابعاً: فهرس المراجع.
- خامساً: فهرس الموضوعات.

فهرس الآيات القرآنية

الآية	رقمها	الصفحة
سورة البقرة		
هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الأَرْضِ جَمِيعاً ثُمَّ اسْتَوَى إِلَى السَّمَاءِ فَسَوَّاهُنَّ سَبْعَ سَمَاوَاتٍ وَهُوَ بِكُلِّ شَيْءٍ عَلِيمٌ	٢٩	٥٨
مَثَلُ الَّذِينَ يُنفِقُونَ أَمْوَالَهُمْ فِي سَبِيلِ اللَّهِ كَمَثَلِ حَبَّةٍ أَنْبَتَتْ سَبْعَ سَنَابِلَ فِي كُلِّ سُنْبُلَةٍ مِائَةُ حَبَّةٍ وَاللَّهُ يُضَاعِفُ لِمَنْ يَشَاءُ وَاللَّهُ وَاسِعٌ عَلِيمٌ	٢٦١	٣٩
الَّذِينَ يَأْكُلُونَ الرِّبَا لا يَقُومُونَ إِلاَّ كَمَا يَقُومُ الَّذِي يَتَخَبَّطُهُ الشَّيْطَانُ مِنْ الْمَسِّ ذَلِكَ بِأَنَّهُمْ قَالُوا إِنَّمَا الْبَيْعُ مِثْلُ الرِّبَا وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ ..	٢٧٥	١٩٢
سورة النساء		
وَآتُوا الْيَتَامَى أَمْوَالَهُمْ وَلا تَتَبَدَّلُوا الْخَبِيثَ بِالطَّيِّبِ وَلا تَأْكُلُوا أَمْوَالَهُمْ إِلَى أَمْوَالِكُمْ ..	٢	٣٧
وَلا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمْ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَاماً وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلاً مَعْرُوفاً ..	٥	٣٨
يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلاَّ أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ ..	٢٩	٥٥
سورة الأنفال		
إِنَّ الَّذِينَ آمَنُوا وَهَاجَرُوا وَجَاهَدُوا بِأَمْوَالِهِمْ ...	٧٢	٣٨
سورة التوبة		

الآية	رقمها	الصفحة
إِنَّ اللَّهَ اشْتَرَى مِنْ الْمُؤْمِنِينَ أَنفُسَهُمْ وَأَمْوَالَهُمْ ...	١١١	٣٨
سورة الإسراء		
وَلا تَقْرَبُوا مَالَ الْيَتِيمِ إِلاَّ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ حَتَّى يَبْلُغَ أَشُدَّهُ..	٣٤	٣٨
سورة النحل		
وَاللّهُ جَعَلَ لَكُم مِّن بُيُوتِكُمْ سَكَنًا	٨٠	٣٩
سورة يس		
أَوَلَمْ يَرَوْا أَنَّا خَلَقْنَا لَهُمْ مِمَّا عَمِلَتْ أَيْدِينَا أَنْعَاماً فَهُمْ لَهَا مَالِكُونَ ..	٧١	٤٠

فهرس الأحاديث النبوية

الحديث	الصفحة
أُمرتُ أن أقاتل الناس حتى يقولوا لا إله إلا الله فمن قالها فقد عصم مني ماله و دمه ونفسه إلا بحقه و حسابه على الله.	٤١
إن الله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام....	٥٥
إن دماءكم و أموالكم و أعراضكم حرامٌ كحرمة يومكم هذا في بلدكم هـــذا في شهركم هذا.	٤١
إن عائشة – رضي الله عنها – اشترت بريرة من مالكيها واشترطت لهم الولاء بأمر النبي..	١٨٤
البيعان بالخيار مالم يتفرقا..	٨٠
كل المسلم على المسلم حرام دمه و ماله و عرضه.	٤١
لا بأس أن تأخذها بسعر يومها ما لم تفترقا وبينكما شئ.	٨٧
لا ضرر و لا ضرار.	٣٣
لا يحل مال امرئ مسلم إلا بطيب نفسه.	٤٧
لو يعطى الناس بدعواهم لادعى رجال أموال قوم و دماءهم لكن البينة علـــى المدعى واليمين على من أنكر.	٤١
ما بال رجال يشترطون شروطاً ليست في كتاب الله، كل شرط ليس في كتاب الله فهو باطل وإن كان مائة شرط، قضاء الله أحق، وشرط الله أوثـــق، وإنمـــا الولاء لمن أعتق	١٨٤
المسلمون شركاء في ثلاثة : الكلأ ، والماء ، والنار	١٧٠
نهانا رسول الله ﷺ عن بيعتين ولبستين ، نهى عن الملامسة والمنابذة في البيع	٦٣
نهي رسول الله ﷺ عن بيع الغرر.	١٣٦
نهي رسول الله ﷺ عن بيع المضامين والملاقيح وحبل الحبلة	١٥٨
نهى رسول الله ﷺ عن ثمن الكلب ومهر البغي وحُلوان الكاهن	١٢٢

فهرس الأعلام

العلم	الصفحة
ابن رشـــد: محمد بن أحمد بن رشد	١٣٧
ابن قدامة : عبدالله بن أحمد بن محمد بن قدامة المقدسي	٥٩
ابن مفلح : شمس الدين محمد بن مفلح المقدسي الحنبلي	١٢٥
أبو الحسن المالكي : علي بن محمد بن محمد بن خلف المصري	٧٨
الحطاب: محمد بن محمد بن عبدالرحمن الرعيني	١٢٣
الدبوسي : عبدالله بن عمر بن عيسى	٣١
الدسوقي : محمد بن عرفة الدسوقي	١٥١
الرملي : محمد بن أحمد بن حمزة	١٠٩
السرخسي : محمد بن أحمد بن أبي سهيل أبو بكر السرخسي	٥٧
السيوطي : عبدالرحمن بن أبي بكر بن محمد الأسيوطي	٢٦
الشوكاني : محمد بن علي بن محمد بن عبدالله الشوكاني	٧٧
الغزالي : محمد بن محمد بن محمد أبو حامد	٥٧
الكاساني : أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني	٤٨
المناوي : عبد الرءوف بن تاج العارفين الحدادي	١٠٩
النووي : يحيى بن شرف بن مري النووي	٢٦

المراجـــــع

١- **الإجماع.** لمحمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوري أبـــو بكـــر، نـــشر: دار الـــدعوة، الإســـكندرية ١٤٠٢هـــ، الطبعة الثالثة، تحقيق: د. فؤاد عبدالمنعم أحمد.

٢- **الاختيارات الفقهية.** لعلي بن محمد البعلي، تحقيق: محمد حامد الفقي، نشر: دار المعرفة، بـــيروت، لبنان.

٣- **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل.** لمحمد ناصر الدين الألباني، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـــ - ١٩٨٥م.

٤- **الاستذكار.** ليوسف بن عبدالله النمري (ابن عبدالبر) تحقيق: عبدالمعطي أمين قلعجـــي، نـــشر: دار قتيبة، دمشق، بيروت، ودار الواعي، حلب، القاهرة، الطبعة الأولى ١٤١٤هـــ.

٥- **أسنى المطالب شرح روض الطالب.** أبو يحيى زكريا الأنصاري الشافعي، المكتبة الإسلامية، القاهرة ١٣٨١هـــ - ١٩٦١م.

٦- **الأشباه والنظائر.** لإبراهيم بن علي بن نجيم، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤٠٠هـــ.

٧- **الأشباه والنظائر.** لعبدالرحمن بن أبي بكر السيوطي، دار النشر: دار الكتـــب العلميـــة، بـــيروت ١٤٠٣هـــ، الطبعة الأولى.

٨- **الأشباه والنظائر.** لعبدالوهاب السبكي، دار الكتب العلمية، بيروت، ط الأولى ١٩٩١م.

٩- **الإشراف على مسائل الخلاف.** لعبدالوهاب بن علي بن نصر (القاضي عبدالوهاب) طبعة: مطبعة الإرادة.

١٠- **الأصول والضوابط.** للإمام يحيى بن شرف الدين النووي، تحقيق الدكتور: محمد حسن جيتو، دار البشائر الإسلامية، بيروت، ١٤٠٦هـــ، الطبعة الأولى.

١١- الأعلام. خير الدين الزركلي، دار العلم للماليين في بيروت، ط السادسة عشرة ٢٠٠٥م.

١٢- **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع.** تأليف: محمد الشربيني الخطيب، دار النشر: دار الفكر، بيروت ١٤١٥هـــ، تحقيق: مكتب البحوث والدراسات، دار الفكر.

١٣- **الأم.** للإمام الشافعي، نشر: دار المعرفة، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية ١٩٩٣م.

١٤- **الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف.** لعلي بن سليمان المرداوي، تحقيق: محمد حامد الفقـــي، نشر: دار إحياء التراث العربي، الطبعة الأولى ١٣٧٧هـــ.

١٥- **أنيس الفقهاء.** لقاسم بن علي القونوي، تحقيق: د. أحمد بن عبدالرزاق الكبيـــسي، نـــشر: دار الوفاء، جدة، السعودية، الطبعة الأولى ١٤١٢هـــ.

١٦- **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع.** لمسعود الكاساني الحنفي، نشر: دار الكتاب العربي، بيروت، لبنان، الطبعة الثانية ١٤٠٢هـ.

١٧- **بداية المجتهد ونهاية المقتصد.** محمد بن رشد القرطبي، دار المعرفة، بيروت، الطبعة الثامنة ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.

١٨- **البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير.** لسراج الدين أبي حفص عمر بن علي بن أحمد الأنصاري الشافعي المعروف بابن الملقن، دار النشر: دار الهجرة للنشرة والتوزيع، الرياض، السعودية ١٤٢٥هـ - ٢٠٠٤م، الطبعة الأولى، تحقيق: مصطفى أبو الغيط وعبدالله بن سليمان وياسر بن كمال.

١٩- **تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذي.** تأليف: محمد عبدالرحمن بن عبدالرحيم المباركفوري أبو العلا، دار النشر: دار الكتب العلمية، بيروت.

٢٠- **تحفة المحتاج إلى أدلة المنهاج.** لابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن علي بن أحمد الشافعي المصري، المحقق: عبدالله بن سعاف اللحياني، الناشر: دار حراء، مكة المكرمة، الطبعة الأولى ١٤٠٦هـ.

٢١- **تذكرة الحفاظ.** شمس الدين محمد الذهبي، دار الكتب العلمية في بيروت، ط الأولى.

٢٢- **تقريب التهذيب.** لأحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، دار النشر: دار الرشيد، سوريا، ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م، الطبعة الأولى، تحقيق: محمد عوامة.

٢٣- **تلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعي الكبير.** لأحمد بن علي، تحقيق: عبدالله بن هاشم اليماني، نشر: دار المعرفة، بيروت، لبنان ١٣٨٤هـ.

٢٤- **التلقين في الفقه المالكي.** لعبدالوهاب بن علي بن نصر (القاضي عبدالوهاب)، نشر: وزارة الأوقاف المغربية، ١٤١٣هـ.

٢٥- **التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد.** ليوسف بن عبدالله بن عبدالبر، تحقيق: مجموعة من المحققين، مكان النشر: المملكة المغربية، الرباط.

٢٦- **تهذيب التهذيب.** لابن حجر العسقلاني، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٤هـ - ١٩٨٤م.

٢٧- **تهذيب سنن أبي داود مع عون المعبود.** لمحمد بن أبي بكر الزرعي، نشر: دار الفكر، المكتبة السلفية ١٣٩٩هـ.

٢٨- **التوضيح شرح التنقيح.** لعبدالله بن مسعود الملقب بصدر الشريعة بن تاج الشريعة، ط الثانية ١٤٠٠هـ.

٢٩- **التوقيف على مهمات التعاريف.** لمحمد عبدالرؤوف المناوي، دار النشر: دار الفكر المعاصر، دار الفكر، بيروت، دمشق ١٤١٠هـ، الطبعة الأولى، تحقيق: د. محمد رضوان الداية.

٣٠- **الجامع الصحيح المختصر.** لمحمد بن إسماعيل أبو عبدالله البخاري الجعفي، دار النشر: دار ابن كثير، اليمامة، بيروت ١٤٠٧هـ - ١٩٨٧م، الطبعة الثالثة، تحقيق: د.مصطفى ديب البغا.

٣١- **الجامع الصحيح.** لمحمد بن عيسى الترمذي، تحقيق: أحمد محمد شاكر، نشر: المكتبة التجارية، مكة المكرمة.

٣٢- **جواهر الإكليل.** لصالح عبدالسميع الآبي الأزهري، نشر: دار المعرفة، بيروت، لبنان.

٣٣- الجواهر المضية في طبقات الحنفية. عبدالقادر ابن أبي الوفاء محمد بن محمد القرشي الحنفيّ المصري، دار منير محمد كتب خانه في باكستان ط سنة ١٣٣٢هـ.

٣٤- **حاشية ابن عابدين.** حاشية رد المختار على الدر المختار شرح تنوير الأبصار، تأليف: ابن عابدين، دار النشر: دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت ١٤٢١هـ - ٢٠٠٠م.

٣٥- **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير.** لمحمد عرفة الدسوقي، نشر: دار الفكر، بيروت، تحقيق: محمد عليش.

٣٦- **حاشية الروض المربع.** للشيخ عبدالرحمن بن محمد بن قاسم النجدي، الطبعة التاسعة ١٤٢٣هـ.

٣٧- **الحاوي الكبير.** لعلي بن محمد بن حبيب الماوردي، تحقيق: محمود مطرجي وآخرين، نشر: دار الفكر، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ.

٣٨- **الدر المختار.** لمحمد بن علي بن محمد علاء الدين الحصكفي، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية ١٣٨٦هـ.

٣٩- **درر الحكام شرح مجلة الأحكام.** علي حيدر، تعريف فهمي الحسيني، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ - ١٩٩١م.

٤٠- **درر الحكام شرح مجلة الأحكام.** لعلي حيدر، دار النشر: دار الكتب العلمية، لبنان، بيروت، تحقيق: تعريب: المحامي فهمي الحسيني.

٤١- الدرر الكامنة في أعيان المائة الثامنة. أحمد بن علي بن حجر العسقلاني، دار إحياء التراث العربي في بيروت.

٤٢- **الذخيرة.** لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي، دار النشر: دار الغرب، بيروت ١٩٩٤م، تحقيق: محمد حجي.

٤٣- **الروض المربع.** لمنصور البهوتي، مؤسسة الرسالة، ط الثالثة، ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٥م.

٤٤- **روضة الطالبين.** ليحيى بن شرف النووي، تحقيق: عادل أحمد عبدالجواد وعلي محمد معوض،

نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٢هـ.

٤٥- ذيل طبقات الحنابلة : للحافظ زين الدين عبدالرحمن ابن رجب ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت .

٤٦- **السراج الوهاج على متن المنهاج.** تأليف: العلامة محمد الزهري الغمراوي، دار النشر: دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت.

٤٧- **السلسلة الضعيفة.** للشيخ الألباني، مكتبة المعارف، الرياض.

٤٨- **سن ابن ماجه.** لمحمد بن يزيد أبو عبدالله القزويني، دار النشر: دار الفكر، بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي.

٤٩- **سنن أبي داود مع شرحها معالم السنن للخطابي.** لسليمان بن الأشعث السجستاني، تحقيق: عزة عبيد الدعاس، نشر: دار الحديث، حمص.

٥٠- **سنن البيهقي الكبرى.** لأحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر البيهقي، دار النشر: مكتبة دار الباز، مكة المكرمة ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م، تحقيق: محمد عبدالقادر عطا.

٥١- **سنن الدارقطني.** لعلي بن عمر أبو الحسن الدارقطني البغدادي، دار النشر: دار المعرفة، بيروت ١٣٨٦هـ - ١٩٦٦م، تحقيق: السيد عبدالله هاشم يماني المدني.

٥٢- **السنن الصغرى.** لأحمد بن الحسين بن علي البيهقي أبو بكر، دار النشر: مكتبة الدار، المدينة المنورة ١٤١٠هـ - ١٩٨٩م، الطبعة الأولى، تحقيق: د. محمد ضياء الرحمن الأعظمي.

٥٣- **السنن الكبرى.** لأحمد بن شعيب أبو عبدالرحمن النسائي، دار النشر: دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١١هـ - ١٩٩١م، الطبعة الأولى، تحقيق: د. عبدالغفار سليمان البنداري، سيد كسروي حسن.

٥٤- سير أعلام النبلاء. محمد بن أحمد بن عثمان الذهبي، تحقيق: مجموعة من العلماء، مؤسسة الرسالة في بيروت، ط الثامنة ١٤١٢هـ.

٥٥- **الشرح الكبير لعبدالرحمن بن أبي عمر بن قدامة مع المغني.** نشر: دار الكتاب العربي، ١٤٠٣هـ.

٥٦- **الشرح الكبير.** لسيدي أحمد الدردير أبو البركات، دار النشر: دار الفكر، بيروت، تحقيق: محمد عليش.

٥٧- **شرح صحيح مسلم.** ليحيى بن شرف النووي، نشر: مؤسسة قرطبة، الطبعة الثانية، ١٤١٤هـ.

٥٨- **شرح فتح القدير.** لكمال الدين محمد بن عبدالواحد السيواسي، نشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية.

٥٩- **شرح مختصر خليل.** لمحمد الخرشي، نشر: دار الفكر للطباعة، بيروت.
٦٠- **شرح معاني الآثار.** لأحمد بن محمد الطحاوي، تحقيق: محمد زهري النجار، ومحمد سيد جاد الحق، ترقيم: يوسف المرعشلي، نشر: عالم الكتب، بيروت، الطبعة الأولى.
٦١- **شرح منتهى الإرادات.** لمنصور بن يونس البهوتي، نشر: عالم الكتب، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٩٦م.
٦٢- **صحيح ابن حبان بترتيب ابن بلبان.** لمحمد بن حبان بن أحمد أبو حاتم التميمي البستي، دار النشر: مؤسسة الرسالة، بيروت ١٤١٤هـ - ١٩٩٣م، الطبعة الثانية، تحقيق: شعيب الأرنؤوط.
٦٣- **صحيح ابن خزيمة.** لمحمد بن إسحاق بن خزيمة أبو بكر السلمي النيسابوري، دار النشر: المكتب الإسلامي، بيروت ١٣٩٠هـ - ١٩٧٠م، تحقيق: د. محمد مصطفى الأعظمي.
٦٤- **صحيح سنن ابن ماجه.** لمحمد ناصر الدين الألباني، نشر: مكتب التربية العربي لدول الخليج، الرياض، الطبعة الثالثة، ١٤٠٨هـ.
٦٥- **صحيح سنن أبي داود.** لمحمد ناصر الدين الألباني، نشر: مكتب التربية العربي لدول الخليج، الرياض، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ.
٦٦- **صحيح سنن النسائي.** لمحمد ناصر الدين الألباني، نشر: مكتب التربية العربي لدول الخليج، الرياض، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ.
٦٧- **صحيح مسلم.** لمسلم بن الحجاج أبو الحسين القشيري النيسابوري، دار النشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، تحقيق: محمد فؤاد عبدالباقي.
٦٨- **صحيح مسلم.** لمسلم بن الحجاج القشيري، مع شرحه للنووي، مؤسسة قرطبة، الطبعة الثانية ١٤١٤هـ.
٦٩- **الضوء اللامع لأهل القرن التاسع.** محمد بن عبدالرحمن بن محمد السخاوي، بضبط وتصحيح: عبداللطيف عبدالرحمن، دار الكتب العلمية في بيروت، ط الأولى ٢٠٠٣م.
٧٠- **طبقات الشافعية الكبرى.** عبدالوهاب بن علي السبكي، تحقيق: مصطفى عطا، دار الكتب العلمية في بيروت، ط الأولى ١٤٢٠هـ.
٧١- **الفتاوى الهندية.** للشيخ نظام وجماعة من علماء الهند، دار النشر: دار الفكر ١٤١١هـ - ١٩٩١م.
٧٢- **فتح الباري شرح صحيح البخاري.** لأحمد بن علي الكناني، ترقيم: محمد عبدالباقي، نشر: رئاسة دار البحوث العلمية والإفتاء والدعوة والإرشاد في المملكة العربية السعودية.
٧٣- **فتح القدير.** لمحمد بن عبدالواحد السيواسي، نشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٧هـ.

٧٤- **الفروع.** لمحمد بن مفلح المقدسي أبو عبدالله، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت ١٤١٨هـ، الطبعة الأولى، تحقيق: أبو الزهراء حازم القاضي.
٧٥- **الفروق.** لأحمد بن إدريس القرافي، نشر: دار المعرفة، بيروت، لبنان.
٧٦- **القاموس المحيط.** لمحمد يعقوب الفيروزأبادي، نشر: دار الفكر، بيروت، ١٣٩٨هـ.
٧٧- **القواعد الفقهية (المبادئ – المقومات – المصادر – الدليلية – التطور).** للشيخ الدكتور: يعقوب بن عبدالوهاب الباحسين، نشر مكتبة الرشد بالرياض، ط الأولى ١٤١٨هـ - ١٩٩٨م.
٧٨- **القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية.** للدكتور محمد عثمان شبير، دار النفائس، ط الأولى ١٤٢٦هـ - ٢٠٠٦م.
٧٩- **القواعد في الفقه الإسلامي.** لعبدالرحمن بن أحمد بن رجب الحنبلي، نشر: دار المعرفة، بيروت، لبنان، دار الباز.
٨٠- **الكافي في فقه أهل المدينة.** لأبي عمر يوسف بن عبدالله بن عبدالبر القرطبي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٤٠٧هـ، الطبعة الأولى.
٨١- **الكافي.** عبدالله بن قدامة، المكتب الإسلامي، دمشق، الطبعة الثانية ١٣٩٩هـ - ١٩٧٩م.
٨٢- **كشاف اصطلاحات الفنون.** لمحمد أعلى بن علي التهانوي، نشر: دار صادر، بيروت.
٨٣- **كشاف القناع عن متن الإقناع.** لمنصور بن يونس بن إدريس البهوتي، تحقيق: مصيلحي مصطفى هلال، دار الفكر، بيروت ١٤٠٢هـ.
٨٤- **كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار.** لتقي الدين أبي بكر بن محمد الحسيني الحصيني الدمشقي الشافعي، دار النشر: دار الخير، دمشق ١٩٩٤م، الطبعة الأولى، تحقيق: علي عبدالحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان.
٨٥- **لسان العرب.** لمحمد بن مكر (ابن منظور)، نشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى ١٤٠٨هـ.
٨٦- **المبدع في شرح المقنع.** لإبراهيم بن محمد بن عبدالله بن مفلح الحنبلي أبو إسحاق، نشر: المكتب الإسلامي، ط الأولى، بيروت ١٤٠٠هـ.
٨٧- **المبسوط.** لشمس الدين السرخسي، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت لبنان، الطبعة الأولى ١٤١٤هـ.
٨٨- **مجلة الأحكام الشرعية على مذهب أحمد.** أحمد عبدالقادري، دار تهامة، جدة، الطبعة الأولى ١٤٠١هـ - ١٩٨١م.
٨٩- **مجلة الأحكام العدلية.** للجنة من العلماء، نشر: إدارة القرآن والعلوم الإسلامية، كراتشي،

باكستان.
٩٠- **مجموع فتاوى شيخ الإسلام ابن تيمية.** تحقيق: عبدالرحمن بن قاسم، طبعة: مطبعة النهضة الحديثة، ١٤٠٤هـ.
٩١- **المجموع.** للإمام يحيى بن شرف الدين النووي، دار النشر: دار الفكر، بيروت، ١٩٩٧م.
٩٢- **المحلى.** لعلي بن أحمد بن حزم، تحقيق: أحمد محمد شاكر، نشر: دار التراث، القاهرة.
٩٣- **مختار الصحاح.** لمحمد بن أبي بكر الرازي، نشر: مكتبة لبنان، ١٩٨٨م.
٩٤- **المدونة الكبرى.** للإمام مالك بن أنس، نشر: دار الفكر.
٩٥- **مسند الإمام أحمد.** للإمام أحمد بن حنبل، نشر: دار الفكر.
٩٦- **مشكاة المصابيح.** لمحمد بن عبدالله الخطيب التبريزي، الناشر: المكتب الإسلامي، بيروت، الطبعة الثالثة ١٤٠٥هـ - ١٩٨٥م، تحقيق: محمد ناصر الدين الألباني.
٩٧- **المصباح المنير.** لأحمد بن محمد الفيومي، نشر: مكتبة لبنان، ١٩٨٧م.
٩٨- **مصنف عبدالرزاق.** لأبي بكر عبدالرزاق بن همام الصنعاني، دار النشر: المكتب الإسلامي، بيروت ١٤٠٣هـ، الطبعة الثانية، تحقيق: حبيب الرحمن الأعظمي.
٩٩- **مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى.** تأليف: مصطفى السيوطي الرحيباني، دار النشر: المكتب الإسلامي، دمشق ١٩٦١م.
١٠٠- **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج.** لمحمد الشربيني الخطيب، نشر: دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان.
١٠١- **المغني.** لعبدالله بن أحمد بن محمد ابن قدامة. تحقيق: د. عبدالله بن عبدالمحسن التركي ود. عبدالفتاح بن محمد الحلو، نشر: دار هجر، القاهرة، الطبعة الأولى ١٤٠٩هـ.
١٠٢- **مقاييس اللغة.** لأبي الحسين أحمد بن فارس، تحقيق: عبدالسلام هارون، نشر مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي وأولاده بمصر، ط الثانية ١٤٠٦هـ - ١٩٨٦م.
١٠٣- **المنتقى شرح الموطأ.** سليمان بن خلف الباجي الأندلسي، دار السعادة، القاهرة، الطبعة الأولى ١٣٤٣هـ.
١٠٤- **المهذب.** إبراهيم بن محمد الشيرازي، مطبعة مصطفى محمد، القاهرة، الطبعة الثالثة ١٣٩٦هـ - ١٩٧٦م.
١٠٥- **مواهب الجليل شرح مختصر خليل.** لمحمد بن محمد المغربي، نشر: دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.
١٠٦- **الموسوعة الفقهية الكويتية.** للجنة من العلماء، نشر: وزارة الأوقاف الكويتية.
١٠٧- **نصب الراية لأحاديث الهداية.** لعبدالله بن يوسف أبو محمد الحنفي الزيلعي، دار النشر: دار

الحديث، مصر ١٣٥٧هـ، تحقيق: محمد يوسف البنوري.

١٠٨- **نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج.** لمحمد بن أبي العباس أحمد الرملي، نشر: دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، ١٤١٤هـ.

١٠٩- **نيل الأوطار شرح منتهى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار.** للإمام محمد بن علي بن محمد الشوكاني، تحقيق: أنور الباز، دار الوفاء، ودار الأندلس الخضراء، ط الأولى ١٤٢١هـ - ٢٠٠١م.

١١٠- **الهداية مع شرحها البناية.** لعلي بن أبي بكر المرغيناني، نشر: دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١١هـ.

فهرس الموضوعات

المقدمة ١
منهج البحث ٦
خطة البحث ٩
التمهيد: التعريف بمفردات العنوان، وفيه مبحثان: ٢٢
المبحث الأول: التعريف بالضوابط الفقهية.وفيه أربعة مطالب: ٢٣
المطلب الأول: تعريف الضابط لغة واصطلاحاً. ٢٤
المطلب الثاني: تعريف الفقه لغة واصطلاحاً. ٢٧
المطلب الثالث: الفرق بين القواعد الفقهية والضوابط الفقهية ٣٠
المطلب الرابع:. أهمية الضوابط الفقهية وفوائدها ٣٢
المبحث الثاني: التعريف بالتمليك ومشروعيته .وفيه مطلبان: ٣٤
المطلب الأول: التعريف بالتمليك لغةً واصطلاحاً.. ..... ٣٥
المطلب الثاني: مشروعية التمليك. ٤٠
المطلب الثالث : أسباب الملكية وأقسامها ٤٦
الفصل الأول: الضوابط الفقهية المتعلقة بالتمليك الصحيح. وفيه تسعة مباحث: ... ٥١
المبحث الأول: التمليك تسليط على التصرف.وفيه خمسة مطالب: ٥٢
المطلب الأول: صيغة الضابط. ٥٣
المطلب الثاني: معنى الضابط. ٥٤
المطلب الثالث: دليل الضابط. ٥٥
المطلب الرابع: دراسة الضابط. ٥٦
المطلب الخامس: التطبيق على الضابط. ٥٩
المبحث الثاني: ما جاز تملكه جاز تمليكه. وفيه خمسة مطالب: ٦٠
المطلب الأول: صيغة الضابط. ٦١
المطلب الثاني: معنى الضابط. ٦٢
المطلب الثالث: دليل الضابط. ٦٣
المطلب الرابع: دراسة الضابط. ٦٥
المطلب الخامس: التطبيق على الضابط. ٦٧
المبحث الثالث: عقود التمليكات صحيحة في المبهم من أعيان متميزة متساوية ، متفرقة أو مختلطة ، وفيه خمسة مطالب: ٦٨
المطلب الأول: صيغة الضابط. ٦٩

المطلب الثاني: معنى الضابط. ٧٠
المطلب الثالث: دليل الضابط. ٧١
المطلب الرابع: دراسة الضابط. ٧٣
المطلب الخامس: التطبيق على الضابط. ٨١
المبحث الرابع: التمليك يصح الرجوع فيه قبل اتصال القبول به ،
وفيه خمسة مطالب: ٨٢
المطلب الأول: صيغة الضابط. ٨٣
المطلب الثاني: معنى الضابط. ٨٤
المطلب الثالث: دليل الضابط. ٨٥
المطلب الرابع: دراسة الضابط. ٨٦
المطلب الخامس: التطبيق على الضابط. ٨٨
المبحث الخامس: تمليك الدين صحيح ممن عليه الدين ، وفيه خمسة مطالب: ٨٩
المطلب الأول: صيغة الضابط. ٩٠
المطلب الثاني: معنى الضابط. ٩١
المطلب الثالث: دليل الضابط. ٩٢
المطلب الرابع: دراسة الضابط. ٩٣
المطلب الخامس: التطبيق على الضابط. ٩٥
المبحث السادس: التمليك يقتضي اختصاصاً بالمحل ، وفيه خمسة مطالب: ١٠٦
المطلب الأول: صيغة الضابط. ١٠٧
المطلب الثاني: معنى الضابط. ١٠٨
المطلب الثالث: دليل الضابط. ١٠٩
المطلب الرابع: دراسة الضابط. ١١٠
المطلب الخامس: التطبيق على الضابط. ١١٤
المبحث السابع: القول قول المملّك في بيان جهة التمليك ، وفيه خمسة مطالب: ... ١١٥
المطلب الأول: صيغة الضابطَ. ١١٦
المطلب الثاني: معنى الضابط. ١١٧
المطلب الثالث: دليل الضابط. ١١٨
المطلب الرابع: دراسة الضابط. ١١٩
المطلب الخامس: التطبيق على الضابط. ١٢٠
المبحث الثامن: تمليك بالتبعية صحيح إذا صرح بدخوله،
وفيه خمسة مطالب: ١٢١

المطلب الأول: صيغة الضابط. ١٢٢
المطلب الثاني: معنى الضابط. ١٢٣
المطلب الثالث: دليل الضابط. ١٢٤
المطلب الرابع: دراسة الضابط. ١٢٥
المطلب الخامس: التطبيق على الضابط. ١٣٠
المبحث التاسع: تمليك المعدوم بالتبعية صحيح إذا كان المحل يستلزمه ولو لم يصرح بدخولـــه ،
وفيه خمسة مطالب: ١٣١
المطلب الأول: صيغة الضابط. ١٣٢
المطلب الثاني: معنى الضابط. ١٣٣
المطلب الثالث: دليل الضابط. ١٣٤
المطلب الرابع: دراسة الضابط. ١٣٥
المطلب الخامس: التطبيق على الضابط. ١٣٧
الفصل الثاني: الضوابط الفقهية المتعلقة بالتمليك الباطل، وفيه أحد عشر مبحثا :.. ١٣٨
المبحث الأول: ما حرم استعماله حرم تمليكه.
وفيه خمسة مطالب: ١٣٩
المطلب الأول: صيغة الضابط. ١٤٠
المطلب الثاني: معنى الضابط. ١٤١
المطلب الثالث: دليل الضابط. ١٤٢
المطلب الرابع: دراسة الضابط. ١٤٣
المطلب الخامس: التطبيق على الضابط. ١٤٥
المبحث الثاني: التمليك من المجهول لا يصح.
وفيه خمسة مطالب: ١٤٦
المطلب الأول: صيغة الضابط. ١٤٧
المطلب الثاني: معنى الضابط. ١٤٨
المطلب الثالث: دليل الضابط. ١٤٩
المطلب الرابع: دراسة الضابط. ١٥٠
المطلب الخامس: التطبيق على الضابط. ١٥٢

المبحث الثالث: تمليك ما لا يقدر على تسليمه لا يجوز.
وفيه خمسة مطالب: ١٥٣
المطلب الأول: صيغة الضابط. ١٥٤

المطلب الثاني: معنى الضابط. ١٥٥
المطلب الثالث: دليل الضابط. ١٥٦
المطلب الرابع: دراسة الضابط. ١٥٧
المطلب الخامس: التطبيق على الضابط. ١٥٩
المبحث الرابع: التمليك لا يقبل التعليق بالشرط.
وفيه خمسة مطالب: ١٦٠
المطلب الأول: صيغة الضابط. ١٦١
المطلب الثاني: معنى الضابط. ١٦٢
المطلب الثالث: دليل الضابط. ١٦٣
المطلب الرابع: دراسة الضابط. ١٦٤
المطلب الخامس: التطبيق على الضابط. ١٦٦
المبحث الخامس: عقود التمليكات المحضة لا تصح في مبهم من أعيان متفاوتة.
وفيه خمسة مطالب: ١٦٧
المطلب الأول: صيغة الضابط. ١٦٨
المطلب الثاني: معنى الضابط. ١٦٩
المطلب الثالث:دليل الضابط. ١٧٠
المطلب الرابع: دراسة الضابط. ١٧١
المطلب الخامس: التطبيق على الضابط. ١٧٣
المبحث السادس: تعليق التمليك بالخطر باطل.
وفيه خمسة مطالب: ١٧٤
المطلب الأول: صيغة الضابط. ١٧٥
المطلب الثاني: معنى الضابط. ١٧٦
المطلب الثالث: دليل الضابط. ١٧٨
المطلب الرابع: دراسة الضابط. ١٨٠
المطلب الخامس: التطبيق على الضابط. ١٨٣
المبحث السابع: الحقوق المفردة لا تحتمل التمليك.وفيه خمسة مطالب: ١٨٤
المطلب الأول: صيغة الضابط. ١٨٥
المطلب الثاني: معنى الضابط. ١٨٦
المطلب الثالث: دليل الضابط. ١٨٧
المطلب الرابع: دراسة الضابط. ١٨٨
المطلب الخامس: التطبيق على الضابط. ١٨٩

المبحث الثامن: الديون في الذمم لا تعتبر محلاً صالحاً لعقود التمليك.
وفيه خمسة مطالب: ١٩٠
المطلب الأول: صيغة الضابط. ١٩١
المطلب الثاني: معنى الضابط. ١٩٢
المطلب الثالث: دليل الضابط. ١٩٣
المطلب الرابع: دراسة الضابط. ١٩٤
المطلب الخامس: التطبيق على الضابط. ١٩٥
المبحث التاسع: تمليك العين لا يقبل التوقيت بخلاف تمليك المنفعة.
وفيه خمسة مطالب: ١٩٦
المطلب الأول: صيغة الضابط. ١٩٧
المطلب الثاني: معنى الضابط. ١٩٨
المطلب الثالث:دليل الضابط. ١٩٩
المطلب الرابع: دراسة الضابط. ٢٠٠
المطلب الخامس: التطبيق على الضابط. ٢٠١
المبحث العاشر: ما قبض بعقد فاسد لا يصح تمليكه. وفيه خمسة مطالب: ٢٠٢
المطلب الأول: صيغة الضابط. ٢٠٣
المطلب الثاني: معنى الضابط. ٢٠٤
المطلب الثالث: دليل الضابط. ٢٠٥
المطلب الرابع: دراسة الضابط. ٢٠٦
المطلب الخامس: التطبيق على الضابط. ٢٠٧
المبحث الحادي عشر: لا يصح تمليك المعدوم بطريق الأصالة، ولا تمليك المعدوم بالتبعية إذا كان المحل لا يستلزمه.
وفيه خمسة مطالب: ٢٠٨
المطلب الأول: صيغة الضابط. ٢٠٩
المطلب الثاني: معنى الضابط. ٢١٠
المطلب الثالث: دليل الضابط. ٢١١
المطلب الرابع: دراسة الضابط. ٢١٢
المطلب الخامس: التطبيق على الضابط. ٢١٣
الخاتمة، وفيها أهم نتائج البحث وتوصياته. ٢١٤
الفهارس العامة: ٢١٧

١ – فهرس الآيات القرآنية. ٢١٨
٢ – فهرس الأحاديث ٢٢٠
٣ – فهرس الأعلام. ٢٢١
٤ – فهرس المراجع والمصادر. ٢٢٢
٥ – فهرس الموضوعات. ٢٣٥